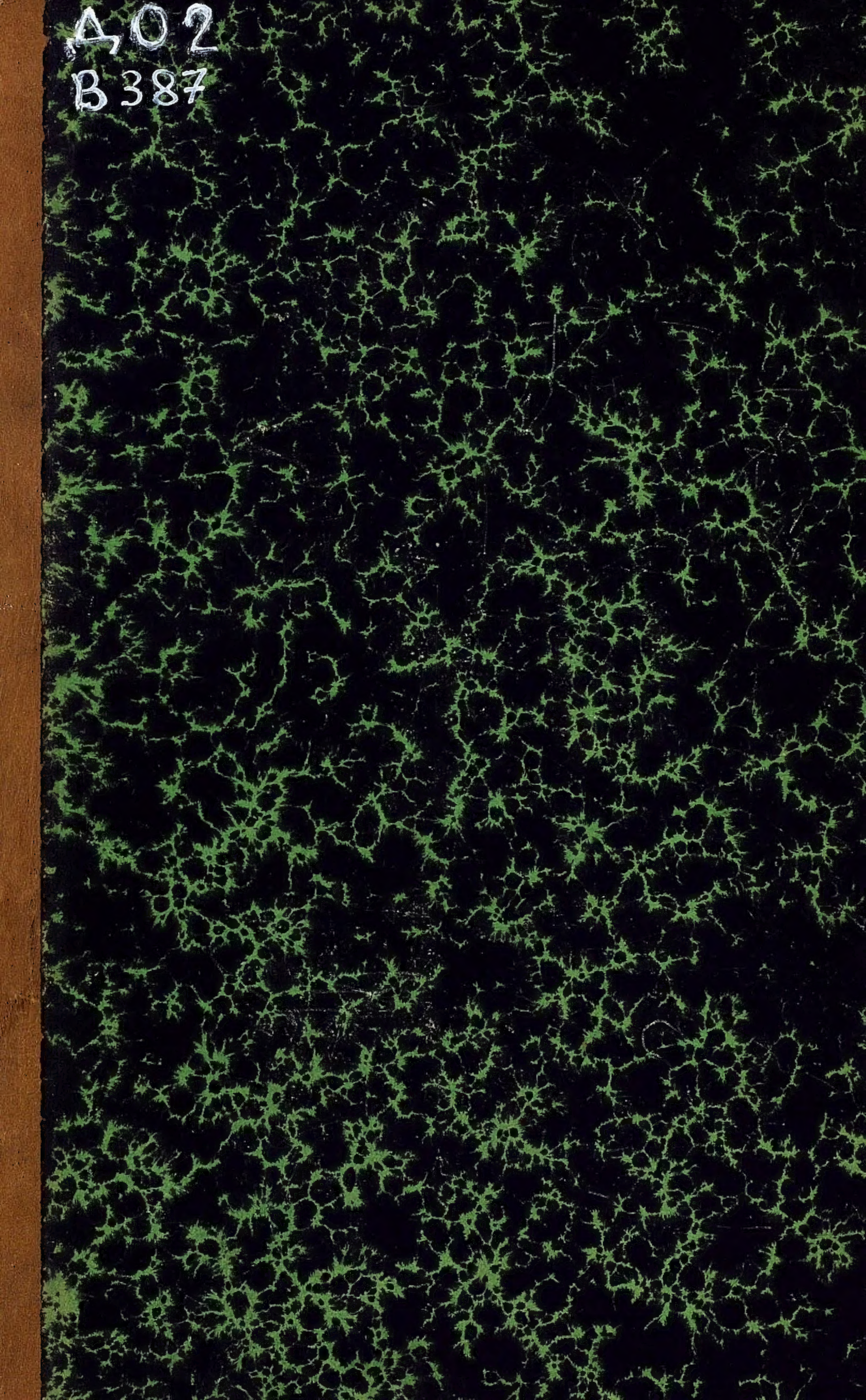

Д02
B387

ВѢСТНИКЪ ПРАВА

ЖУРНАЛЪ ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА

ПРИ

ИМПЕРАТОРСКОМЪ С.-ПЕТЕРБУРГСКОМЪ УНИВЕРСИТЕТѢ

ИЗДАВАЕМЫЙ ПОДЪ РЕДАКЦІЕЮ

М. М. ВИНАВЕРА, прив.-доц. В. М. ГЕССЕНА,
В. Д. НАБОКОВА и проф. І. А. ПОКРОВСКАГО.

XXXVI. КНИГА ПЕРВАЯ. 1906.



С.-ПЕТЕРБУРГЪ
СЕНАТСКАЯ ТИПОГРАФІЯ
1906.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

О ПОЛИТИКѢ ПРАВА.

(Къ теоріи прикладныхъ наукъ).

Странная судьба постигла въ послѣднее десятилѣтіе выставленное проф. Петражицкимъ ученіе о „политикѣ права“. Появившись въ нѣмецкой литературѣ въ связи съ критикой проекта германскаго гражданскаго уложенія, оно обратило на себя въ нѣмецкой юриспруденціи всеобщее вниманіе. Будучи болѣе подробно развито позже на русскомъ языкѣ, оно, однако, въ Россіи обстоятельной критикѣ подвергнуто не было; не было борьбы съ нимъ, не было, въ сущности, и ясно выраженнаго его признанія, и, однако, оно, повидимому, одержало побѣду безъ рѣшительныхъ битвъ. Не будучи подвергнуто критическому освѣщенію и анализу, будь-то отрицающему его или сочувствующему ему, оно какъ то незамѣтно переходитъ въ область само собою подразумѣваемаго. Не то, чтобы политика права, какъ особая наука, обогащалась за послѣдніе годы монографіями или другими, относящимися къ ней по содержанію, работами; само собой подразумѣваемымъ становится только формальное признаніе законности и обоснованности такой науки [1]). Въ послѣднее время такое положеніе вещей нѣсколько усложняется. Возникшая недавно такъ называемая новая школа естественнаго права—сознательно ведетъ свое происхожденіе, по край-

[1]) Verbis expressis это высказано В. Гессеномъ въ статьѣ „О наукѣ права“, во „Введеніи въ изученіе соціальныхъ наукъ“, стр. 144.

ней мѣрѣ отчасти, отъ политики права [1]). Но интересно, что и здѣсь это дѣлается какъ то неясно и неопредѣленно. Родство признается, но сама то „политика“ какъ будто и не признается, развѣ что только какъ предварительная ступень науки естественнаго права [2]), какъ его провизорный суррогатъ, что-ли. Между тѣмъ, родство то оказалось научно компрометтирующимъ, и проф. Петражицкій, на страницахъ „Права“ [3]) отвергнувъ его, категорически поставилъ вопросъ, какъ же, все таки, относятся къ „политикѣ права“ сторонники непризнаваемаго имъ естественнаго. Такимъ образомъ, и эти частичные сторонники и частичные противники, расточая политикѣ права комплименты, все же только имплицитно признаютъ ее и имплицитно же отвергаютъ.

А между тѣмъ, именно, ясный и сознательный разборъ ученій о „политикѣ права“, какъ самостоятельной наукѣ, является крайне необходимымъ въ настоящую минуту, когда вырисовываются новыя, еще не вполнѣ выяснившіяся перспективы развитія правовой мысли, и когда съ точки зрѣнія вновь возникающихъ теорій—ученіе о политикѣ права, даже не признаваемое истиннымъ—все-же считается новымъ и плодотворнымъ, и признается собственной исходной точкой.

Попытку анализа ученія о политикѣ права мы и хотѣли бы дать на слѣдующихъ страницахъ.

---

[1]) См. Новгородцевъ, „Нравственный идеализмъ въ философіи права“, (Проблеммы идеализма, 236), Гессенъ, „Возрожденіе естественнаго права“, 6, 27, 37, 39.

[2]) Напр. Бердяевъ, Этическая проблема въ свѣтѣ философскаго идеализма („Проблеммы идеализма“, 117) Новгородцевъ, op. cit. 280. Впрочемъ, не можемъ не отмѣтить характерно проявляющагося здѣсь непониманія ученія проф. Петражицкаго.

[3]) 1902 г., № 41.

Глава I.

Къ критикѣ ученія проф. Петражицкаго о политикѣ права.

I.

Политика—согласно ученію проф. Петражицкаго—противополагается теоріи. Теорія—изучаетъ то, что есть, политика—что должно быть. Точнѣе будетъ сказать: теорія изучаетъ явленіе, какъ оно есть, политика—какимъ оно должно быть. Политика права изучаетъ, какимъ должно быть право [1]). Теорія—это онтологія, какъ политика—деонтологія.

Но разбираемое ученіе не ограничивается этимъ положеніемъ. Дѣло въ томъ, что право признается проф. Петражицкимъ психическимъ явленіемъ, имѣющимъ многочисленныя (мотиваціонныя и общественно-воспитательныя) послѣдствія, вліяющимъ въ разнообразныхъ отношеніяхъ на общественную психику, культуру. Это—съ одной стороны. Съ другой—явленія, на которыя воздѣйствуетъ право и которыя оказываются его послѣдствіями, подлежатъ нашей оцѣнкѣ. Мы считаемъ одни изъ нихъ хорошими, другія нехорошими, полезными и вредными, долженствующими и не долженствующими быть. Больше того—мы стремимся ихъ видоизмѣнить, воздѣйствовать на нихъ; словомъ, мы ставимъ себѣ относительно нихъ цѣли, строимъ идеалы. При этомъ, воздѣйствовать-то на нихъ мы стремимся (сознательно или безсознательно—безразлично) и путемъ установленія правовыхъ нормъ [2]). Проф. Петражицкій и утверждаетъ, что изученіе того, каковы должны быть правовыя нормы для того, чтобы ими

---

[1]) Кіевск. унив. изв., 1896 г., кн. 8, Введеніе въ науку политики права, стр. XXXXII: „...политика права, какъ наука, систематически обнимающая всю область права съ точки зрѣнія того, что должно быть (въ противоположность наукѣ положительнаго, дѣйствительнаго права, какъ науки о томъ, что было и есть въ области права)“... Ср. также ib., XXXXIII, XXXXIV. О гражданской политикѣ проф. Петражицкій замѣчаетъ: „характеръ изслѣдованія не юридическій, а политическій; гражд. пол. не излагаетъ *системы позитивныхъ нормъ*, а изслѣдуетъ, каковы *должны быть* гражданскія нормы“... (стр. LV).

[2]) К. ун. изв., XXII.

достигались искомыя общественныя цѣли—можетъ служить содержаніемъ самостоятельной (деонтологической, въ противоположность теоріи) научной дисциплины—политики права. Слѣдовательно политика права есть наука, изучающая право не какимъ оно есть, а какимъ оно должно быть для достиженія искомыхъ общественныхъ цѣлей, идеаловъ. Или—политика права есть наука о правѣ, какъ *средствѣ*, долженствующемъ осуществить искомую (общественную) цѣль [1]). Вотъ, кажется намъ, точная передача сути концепціи проф. Петражицкаго; изъ этой передачи ясно, насколько ошибаются сторонники новаго естественнаго права, считая политику—критикою дѣйствующаго права съ точки зрѣнія нравственныхъ постулатовъ, и вообще, отожествляя съ тѣмъ крайне смутнымъ и скомканнымъ смѣшеніемъ разнороднаго, которымъ является ихъ естественное право.

Точно также этимъ полагается ясная разграничительная черта и съ „Richtiges Recht“ Stammler'a [2]), несмотря на то, что оно несомнѣнно отражаетъ поднятое ученіемъ о политикѣ броженіе и остается въ близкомъ съ нимъ родствѣ [3]).

Вернемся, однако, къ развитію понятія политики права. Дѣло въ томъ, что для полученія ея опредѣленія мы прибѣгли къ нѣкоторому упрощенію хода разсужденій проф. Петражицкаго. Мы указали, что право вліяетъ на общественныя явленія, по отношенію къ которымъ люди себѣ ставятъ опредѣленныя цѣли; для осуществленія этихъ цѣлей они пользуются и правомъ. Систематическое изученіе этого пользованія (какимъ оно должно быть) и будетъ политикою права.

---

[1]) *„Политика гражданскаго (или какого либо другого) права, какъ наука, указывающая, каковымъ должно быть право для достиженія идеала*, существенно отличается отъ юриспруденціи, науки положительнаго права, которая представляетъ дѣйствительно существующее, именно, положительное право“, Кіевскія унив. извѣстія, 1896, № 8, стр. XXXV (курсивъ нашъ) и дальше XXXVI.

[2]) Между тѣмъ, г. Гессенъ склоненъ, повидимому, и политику, и естественное право, и Richtiges Recht счесть за одно. Ср. op. cit. 141.

[3]) Чтобы въ двухъ словахъ отмѣтить различіе, укажемъ, что авторъ понимаетъ подъ Richtiges Recht правовыя нормы, соотвѣтствующія (имманентному системѣ права) логическому критерію правильности, а не нормы, являющіяся средствомъ достиженія опредѣленнаго соціальнаго идеала.

Здѣсь слѣдуетъ прибавить, что проф. Петражицкій этимъ цѣлямъ придаетъ болѣе объективное существованіе: онъ считаетъ, что нѣкая цѣль (о которой ниже) присуща существу права, какъ бы—имманентна его развитію; вмѣстѣ съ тѣмъ она является идеаломъ людей; такимъ образомъ, политика права изучаетъ, какимъ право должно быть (при данныхъ обстоятельствахъ) согласно его существу, „сообразно существу права, какъ проявленія практическаго разума въ тѣсномъ смыслѣ" [1]). Этотъ мотивъ имѣетъ въ ученіи проф. Петражицкаго большое значеніе по своей связи съ другими его теоріями (что насъ здѣсь не интересуетъ), а также и своимъ дальнѣйшимъ отраженіемъ на ученіе о политикѣ. Въ дальнѣйшемъ мы вернемся къ этому моменту. Пока онъ не представляетъ для насъ существеннаго значенія. Будемъ же продолжать выясненіе концепціи проф. Петражицкаго.

Политика есть изученіе того, какимъ должно быть право, какъ средство достиженія опредѣленной цѣли. Но преслѣдовать цѣль право можетъ, только оказывая разнаго рода воздѣйствіе на общество, на совокупности людей, заставляя ихъ опредѣленнымъ образомъ поступать, вызывая въ нихъ разнаго рода стимулы, мотивы и т. д., словомъ, дѣйствуя на психику человѣка даннаго общенія. Слѣдовательно, чтобы установить, какимъ должно быть право, надо изучить психологическое воздѣйствіе права разнаго типа. Для этого, съ одной стороны, надо знать существо права, его свойства и т. д.—это пунктъ, въ которомъ политика права связывается съ психологическимъ ученіемъ о немъ (выставленнымъ тѣмъ же авторомъ), съ другой стороны, необходимо знать тотъ матеріалъ, на который происходитъ воздѣйствіе, такъ какъ результатъ (воздѣйствіе) зависитъ не отъ одного дѣйствующаго (права), но и отъ подвергающагося воздѣйствію, а этотъ матеріалъ, подвергающійся воздѣйствію, есть человѣческая психика [2]). Эта послѣдняя есть величина перемѣнная, измѣняющаяся отъ разныхъ причинъ, въ частности отъ воздѣйствія права. При

---

[1]) Op. cit. XLIV.
[2]) Ibid., стр. XXII—XXV, XXVIII.

разныхъ ея состояніяхъ одна и та же норма создаетъ разныя послѣдствія; и для того, чтобы вызвать одно и тоже послѣдствіе при разныхъ состояніяхъ психики, необходимы разныя нормы.

Такимъ образомъ, политика права есть наука (деонтологическая), изучающая право, какимъ оно должно быть для того, чтобы, при данныхъ состояніяхъ психики или, вообще, при данныхъ условіяхъ, осуществить (или приближать къ осуществленію) данную цѣль.

Таковъ—какъ намъ кажется,—остовъ ученія о политикѣ права, какъ наукѣ.

Этимъ опредѣляется и ближайшій предметъ нашего разбора. Фактически въ теоріи проф. Петражицкаго это ученіе связывается съ проповѣдью внесенія идеаловъ, широкихъ общественныхъ перспективъ въ науку права, застывшую—по мнѣнію автора—въ тѣснинахъ соображеній удобствъ и мелкихъ житейскихъ и судопроизводственныхъ цѣлей. Этого рода размышленій мы коснемся только въ дальнѣйшемъ и притомъ, менѣе обстоятельно, такъ какъ ихъ можно исчерпывающимъ образомъ разсмотрѣть только въ другой связи и перспективѣ. Также мы не будемъ обстоятельно разсматривать цѣнности политикоправной *точки зрѣнія*. Въ этомъ отношеніи достаточно сразу и коротко признать какъ значеніе отчетливаго отличенія ея отъ другихъ, такъ и значеніе (историческое) теоріи Петражицкаго, много способствовавшей подчеркиванью этого различенія во многихъ областяхъ права. Но мы постараемся точно выяснить, что изъ себя представляетъ эта точка зрѣнія, отъ какихъ другихъ точекъ зрѣнія она отличается; а для этого намъ придется центръ тяжести нашего разсмотрѣнія перенести съ разсмотрѣнія ея значенія на анализъ ея существа.

„Политикоправная" точка зрѣнія и до Петражицкаго ясно отличалась отъ теоретической [1] (хотя онѣ часто многими и

[1]) Даже Bain въ своей краткой методологіи политики (Logic, II, 312) категорически заявляетъ: „Sound method requires that a writer should in the first instance, separate the theoretical from the practical."

смѣшивались); политикоправныя соображенія постоянно встрѣчаются у предшественниковъ разбираемаго автора, и не только безсознательно, но и съ сознаніемъ отличности политикоправной точки зрѣнія.

Но только до пр. Петражицкаго никто отъ политикоправныхъ соображеній отъ политикоправной точки зрѣнія не переходилъ къ политикоправной наукѣ, ни у кого не было рѣчи о политикѣ права, какъ наукѣ, какъ деонтологіи [1]). И вотъ этотъ то вопросъ, ясный и опредѣленный, мы и предполагаемъ разсмотрѣть на первой очереди. Г. Гессенъ въ цитированной уже статьѣ [2]) говоритъ: „Возможность науки политики права мы считаемъ доказанной; нужно ли доказывать ея необходимость". Конечно, это было бы излишне. Но намъ кажется сомнительной и самая возможность, и именно къ анализу ея мы непосредственно и перейдемъ. Можетъ быть, покажется неинтереснымъ такая постановка. Какая разница, существуетъ ли наука политика права, если все равно признается, что существуетъ и высоко полезна политикоправная точка зрѣнія? Мы бы хотѣли, чтобы выводы статьи показали различіе, а слѣд. и значеніе такого разбора. Для вступленія въ него скажемъ, что такая постановка оправдывается: 1) наличностью соотвѣтствующей теоріи, 2) ея большимъ (и все увеличивающимся) вліяніемъ на умы, на систематику и методологію научнаго матеріала, на развитіе науки, и 3) тѣмъ обстоятельствомъ, что ея признаніе,

---

[1]) См. Петражицкій, „Кіевск. Унив. Извѣстія" XXXXII, XLIX, L. Рѣчь здѣсь идетъ о современной наукѣ права. Исключается старое естественное право, которое какъ разбираемымъ нами авторомъ (см. ib., XXXXII), такъ и другими современными авторами (въ разной степени, правда) сближается съ наукой политики. Но разсмотрѣніе этого вопроса слишкомъ отвлекло бы насъ въ сторону. Его удобнѣе разобрать въ связи съ теоріями возрожденія естественнаго права.

Замѣтимъ здѣсь, кстати, что напрасно указываютъ (ср. также Гессенъ, op. cit. 149) на предшественниковъ пр. Петражицкаго въ современной наукѣ. Если рѣчь идетъ о политикоправной точкѣ зрѣнія, то объ этомъ, конечно, и рѣчи быть не можетъ. Но если—какъ и слѣдуетъ—говорить о политикѣ права, какъ наукѣ, то такіе предшественники едва ли бы отыскались.

[2]) Op. cit. 144.

непризнаніе или ограниченное признаніе въ значительной степени опредѣляетъ много сопредѣльныхъ концепцій правовѣдѣнія, а въ особенности классификацію его частей.

II.

Прежде чѣмъ анализомъ соотвѣтствующихъ понятій разобрать вопросъ о существованіи науки политики права, посмотримъ, что въ этомъ отношеніи даетъ создатель ея, пр. Петражицкій. При этомъ намъ не прійдется останавливаться на его конкретныхъ политикоправныхъ разсужденіяхъ—по ихъ содержанію, такъ какъ мы ихъ значенія не хотимъ отрицать, признавая политикоправную точку зрѣнія. Наша задача въ томъ и состоитъ, чтобы разсмотрѣть, что она изъ себя представляетъ.

Содержаніе науки политики права — по мнѣнію пр. Петражицкаго—разбивается на изслѣдованіе существа и идеала права, изслѣдованіе психики индивида и общества, и на методологію политики. Остановимся подробнѣе на этомъ. Дѣло въ томъ, что пр. Петражицкій въ своихъ работахъ, посвященныхъ политикѣ права, обыкновенно не даетъ систематическаго изложенія ученія о ней, а разбираетъ послѣдовательно разные представляющіеся вопросы, причемъ иной разъ читатель не рѣшится опредѣлить, о чемъ, именно, идетъ рѣчь— о содержаніи науки, или объ ея предпосылкахъ, или о существенныхъ связанныхъ съ ней проблеммахъ и т. д. Поэтому мы и считаемъ необходимымъ подробно обосновать высказываемое въ текстѣ цитатами изъ „Die Lehre vom Einkommen“, и изъ статьи въ „Кіевскихъ Универс. Изв.“, 1896 г. Авг.— Сент. (О позднѣйшей статьѣ въ „Правѣ“ 1902 г., отклоняющейся въ нѣкоторомъ отношеніи, мы упомянемъ нѣсколько ниже) [1]. Въ L. v. E. II, 623 авторъ пишетъ: „Dazu ist aber

---

[1]) Настоящая работа была закончена еще въ 1904 г. Позже — въ 1905 г. появилась интересная книга проф. Петражицкаго: „Введеніе въ изученіе права и нравственности“, въ которой нѣсколько первыхъ страницъ предисловія посвящены бѣглой сводкѣ положеній автора о наукѣ политики права. Однако этотъ набросокъ слишкомъ мало обстоятеленъ, чтобы можно было счесть его

eine möglichst tiefe und genaue Lehre von der in Betracht kommenden menschlichen Psychologie einnerseits, eine Lehre von dem Ideal und dem ethischen und volkswirtschaftlichen Fortschritt andererseits zu entwickeln. Diese beiden Lehren müssen die ersten und die wichtigsten Theile der Civilpolitik bilden. Den dritten Theil bildet die Methodenlehre. Wenn diese drei Theile eine ideal—und vernunftgemässe Grundlage und Entwickelung erlangen, dann wird sich das Weitere leicht in schoner und sachgemässer Ordnung ergeben". Здѣсь указаны имъ три части, какъ безусловно входящія въ составъ науки и какъ важнѣйшія; указано на предстоящее появленіе и дальнѣйшаго, но совершенно бланкетно; нигдѣ объ этомъ другомъ рѣчи нѣтъ; такъ что это другое рисуется скорѣе какъ возможность, нежели какъ наличность науки. Пока наука рисуется состоящей изъ трехъ частей, и притомъ изъ указанныхъ трехъ. Цитированный нѣмецкій текстъ приведенъ въ дословномъ переводѣ въ „К. Ун. Изв." (стр. LXXIX—LXXX) и къ нему прибавлена слѣдующая выноска: „Болѣе подробно говорить теперь о системѣ нашей будущей науки трудно, пока не будетъ собрано достаточно матеріала для опредѣленія лучшаго способа его классификаціи". Значитъ, рѣчь идетъ безъ сомнѣнія о системѣ науки, о его матеріалѣ, и вопросъ только въ лучшей системѣ классификаціи. Точно также нѣсколько ниже („К. Ун. Изв.", стр. LXXXI—LXXXII), доказывая, что наука гражданской политики едина и обща (независима отъ національности), пр. Петражицкій замѣчаетъ: „Мы выше намекнули на три основныя части гражданской политики. Развѣ эти ученія не примѣнимы одинаково при составленіи законовъ для Бессарабской губерніи и для Франціи, развѣ напр., дедуктивный методъ гражданско-политическаго мышленія иной для этихъ различныхъ странъ, развѣ идеалъ, къ которому должно стремиться право, имѣетъ иной

corpus'омъ доктрины и руководствоваться имъ при ея анализѣ; къ тому же оно сдѣлано (по мысли автора) не въ отмѣну или пополненіе предшествующихъ его ученій, а только какъ ихъ изложеніе. Поэтому я счелъ необходимымъ сохранить свою критику основанной на анализѣ именно „первоисточниковъ", подробно разрабатывавшихъ вопросъ, — впрочемъ, въ примѣчаніяхъ дѣлая ссылки и на соотвѣтствующія мѣста этой сводки.

смыслъ въ различныхъ губерніяхъ или государствахъ". Третья часть—общность психологіи, какъ естественно въ виду ея сомнительности въ данномъ случаѣ—не упомянута, но остальныя двѣ, именно, отнесены къ „частямъ гражданской политики". Аналогичное говоритъ пр. Петражицкій въ частности про уголовную политику: „Вообще для нормальнаго развитія уголовной науки необходимо произвести пересмотръ ея общихъ основаній, необходимо опредѣлить и развить идеалъ, къ которому должна стремиться уголовная политика . . . ; необходимо основательно изучить психологію и ея законы, въ частности законы ассоціаціи идей, какъ основаніе и предметъ воздѣйствія уголовной политики; необходимо, наконецъ, развить ученіе о методѣ уголовной политики, какъ пріемахъ мышленія, путемъ котораго мы можемъ познать средства, чтобы на основаніи знанія души человѣка, вести его къ вѣчному идеалу. Пока эти *три основныя части науки уголовной политики* не подверглись систематической разработкѣ, она не заслуживаетъ еще названія науки" (стр. XX, выноска), (*курсивъ мой*, Г. Л.).

На стр. XXII и сл. конструируется понятіе политики; здѣсь то и проявляется указанная выше не полная выясненность; можно, пожалуй, одинаково думать, что конструируется политика, какъ и то, что дѣлается обзоръ психологическихъ и философско-историческихъ ея предпосылокъ. Но вотъ на стр. XXVII дѣлается резюме: „Предположимъ, что наука (какая—политики права, или вообще какая бы то ни была наука?) достигла достаточно глубокаго, обстоятельнаго и достовѣрнаго познанія тѣхъ областей явленій, о которыхъ мы говорили выше, т. е. 1) Природы права .... важнѣйшій элементъ познанія природы права есть познаніе его идеала, его конечной задачи ... 2) Психики и этики (и ихъ культурныхъ продуктовъ человѣка и общества, какъ объекта воздѣйствія и субъекта производства права). Изучивъ такимъ образомъ существо и идеалъ права, съ одной стороны, и поприще и средства его дѣйствія, т. е. психику индивида и общества съ другой, мы будемъ поставлены въ возможность сознательно и разумно руководить право производствомъ"...

Здѣсь, еще рѣчь можетъ идти не о наукѣ этого производства, а объ его предпосылкахъ. Но дальше (стр. XXVIII) указывается, что для вышеозначеннаго еще „необходимо только одно субъективоое условіе, а именно умѣнье правильно мыслить .... поэтому, напр., въ учебникѣ или руководствѣ политики права должна находиться еще третья часть, посвященная изученію правильныхъ пріемовъ мышленія въ политикѣ права. 3) Методологія политики права"...

Такимъ образомъ мы имѣемъ наши три части [1]). Но въ сущности не имѣемъ еще вполнѣ опредѣленно—науки; пока есть только „учебникъ или руководство". Но скоро и она появляется безъ какихъ-либо добавочныхъ вводныхъ замѣчаній: „...теперь", говоритъ пр. Петражицкій на стр. XXXIV: „сдѣлаемъ нѣсколько общихъ замѣчаній о наукѣ, необходимость и возможность, основанія и развитіе которой мы старались доказать". И ужъ дальше это повсторяется сплошь да рядомъ; „Политика гражд. пр. (или какого-либо другого) права, какъ наука"... (XXXVI), также XXXX, XXXXI; на стр. XXXXII: „...политика права, какъ наука систематически обнимающая всю область права съ точки зрѣнія того, что должно быть", XXXXIII: „политикою права, какъ единою наукой" и т. д., и т. д. и наконецъ, на стр. LXXXI и сл. доказывается единство политики права: „Гражданская политика не есть національная или даже провинціальная наука..., а есть единая наука всего цивилизованнаго человѣчества". Итакъ, уже въ 1895 г. (въ L. v. E.) политика права была наукою съ указанными тремя основными частями. Такой же она остается и въ 1896 г. (въ „К. Ун. Изв."); [2]) и только при обоснованіи — эти части науки implicite трактуются скорѣе, какъ ея предпоссылки, входящія въ составъ учебника (чего?). Но explicite и ясно политика

---

[1]) Въ „Введ. въ изуч. пр." о трехъ *составныхъ* частяхъ „науки политики рѣчи" уже нѣтъ. Онѣ ничѣмъ и не замѣнены.

[2]) Точно также и во „Введеніе въ изученіе права и нравственности": стр. V „... построеніемъ науки политики права", VI „науки въ полномъ смыслѣ этого слова", также и VII.

права всюду остается наукой, частями которой указываются три выше намѣченныя.

Посмотримъ могутъ-ли онѣ быть таковыми.

Не надо долгихъ соображеній, чтобы убѣдиться въ томъ, что—какъ бы близки не были эти области изученія къ политикѣ—содержанія ея онѣ не составляютъ. Совершенно несомнѣнно, напр., что изученіе психики индивида и общества есть содержаніе: 1) не политической (деонтологической), а теоретической дисциплины, и притомъ 2) уже существующей, именно, психологіи. Весьма вѣроятно, что общая психологія не станетъ изучать тѣ частные психологическіе процессы, знаніе которыхъ необходимо теоретику и политику права; можетъ быть, въ ней не будетъ—при настоящемъ ея состояніи—достаточныхъ стимуловъ для изученія тѣхъ сложныхъ явленій, которое здѣсь требуется. Но это совершенно безразлично: пускай такой стимулъ данъ извнѣ потребностями теоріи права, или политики права, или правовой жизни [1]); какъ бы то ни было, разъ уже онъ данъ (откуда бы онъ ни былъ данъ, и для чего бы такое изученіе ни предназначалось), оно остается теоретическимъ изученіемъ, во-первыхъ; оно войдетъ въ составъ той или иной части психологіи, во-вторыхъ. Здѣсь—политики права нѣтъ [2]).

Такъ же мало будетъ политики права и въ ея методологіи. Наука и ея методологія—это двѣ разныя вещи. Несомнѣнно, что онѣ находятся въ тѣснѣйшей связи. Несомнѣнно, что съ развитіемъ и обогащеніемъ науки можетъ развиваться и даже измѣняться и ея методологія. (Рѣчь идетъ о наукѣ конкретной, конечно). Въ связи съ матеріаломъ науки и даже съ его разработкой складываются и методы. Если

---

[1]) Вѣдь стимулъ возникновенія всякой науки заключается не въ ней самой (въ ея области), а либо въ потребностяхъ другой теоретической дисциплины, либо въ потребностяхъ практики.

[2]) Въ Ł. v. E. П. 581 нашъ авторъ мелькомъ говоритъ о психологіи, какъ о предпосылкѣ и содержаніи политики. Но въ другомъ мѣстѣ (П. 623) онъ уже говоритъ о ней, какъ о составной части политики. Это воззрѣніе сохраняется—въ „Кіевскихъ Ун. Изв." и оставляется только въ статьѣ въ „Правѣ" 1902 г., о которой—ниже.

методы предшествуютъ ряду изслѣдованій, дѣлая ихъ возможными, то они и слѣдуютъ за добытымъ уже содержаніемъ науки, обусловливаясь его составомъ. Мы бы сказали, что методологія конкретной науки основана на тѣхъ общихъ соотношеніяхъ (ея состава), которыя уже установлены. И тѣмъ не менѣе отождествить методологію съ частью науки было бы совершенно неправильно. И не только потому,—что въ методологіи конкретной науки есть всегда, конечно, весьма значительная часть, общая у нея съ методологіей другихъ конкретныхъ наукъ, и слѣд. во всякомъ случаѣ не могущая быть включенной въ данную; но главнымъ образомъ потому,—что у метологіи и содержаніе, и цѣль, и пріемы абсолютно отличаются отъ соотвѣтствующей науки [1]). Методологія данной науки изучаетъ отнюдь не предметъ науки, а пріемы мысли въ ней примѣняемыя (долженствующія быть въ ней примѣненными). Въ частности, политика права изучаетъ, какимъ должно быть право (въ извѣстномъ отношеніи), ея методологія—каковы должны быть пріемы мысли при этомъ изученіи; цѣль первой—создать нормы права, соотвѣтствующія нѣкоторому общественному назначенію, цѣль второй—создать нормы мысли, соотвѣтствующія нѣкоторымъ научнымъ цѣлямъ. Словомъ, какъ бы методологія ни была важна для науки, она не входитъ въ ея составъ. Она можетъ войти въ содержаніе учебника данной науки, не самой науки. Политики права (а не политики мысли о ней) у насъ и здѣсь нѣтъ.

Остается разсмотрѣть третью, оставшуюся часть, не въ ней-ли скрывается искомое содержаніе политики права?

Прежде всего замѣтимъ, что она не отличается на первый взглядъ опредѣленностью. „Существо и идеалъ"—это звучитъ какъ разъ какъ смѣшеніе сущаго и должнаго, съ которымъ такъ упорно и успѣшно борется пр. Петражицкій [2]). Суще-

---

[1]) Исключеніе—по весьма понятнымъ причинамъ—составляетъ методологія логики.

[2]) Замѣтимъ, что въ болѣе раннемъ трудѣ своемъ (D. L. v. E.) нашъ авторъ не говоритъ о существѣ и идеалѣ права, а объ „идеалѣ и этическомъ и хозяйственномъ прогрессѣ" (II, 623). Вообще въ нѣмецкомъ трудѣ, въ которомъ авторъ

ство права—это одно, а его идеалъ—это другое. Существо права изучается и познается его теоріей; идеалъ права—не фактъ, а норма, предполагающая не только теоретическое къ себѣ отношеніе, а и практическое. Можно, конечно, и идеалы изучать теоретически, какъ нѣчто данное, а не требуемое. Но тогда рѣчь будетъ идти не объ идеалѣ—по его содержанію, какъ о чемъ то искомомъ, требуемомъ, нормативно полагаемомъ,—а о наличности даннаго идеала въ сознаніи, объ „имѣніи“ этого идеала, объ его сознаваніи. Во второмъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ сознаваніемъ идеала; въ первомъ—съ идеаломъ (нормой), какъ содержаніемъ этого сознаванія; во второмъ—съ психологическимъ явленіемъ, происходящимъ въ головахъ людей, имѣющихъ идеалъ, въ первомъ—съ моментомъ общественнымъ, научнымъ и т. д.—сообразно тому, къ какой сферѣ относится идеалъ, имѣющій осуществиться въ будущемъ по отношенію къ тому времени, когда сознается.

Можно теоретически изучать идеалъ и по его содержанію,—анализировать его на составныя части, классифицировать и т. д. Но такое изученіе не затронуло бы самой существенной стороны идеала; оно было бы изученіемъ мертваго тѣла идеала, между тѣмъ какъ—для полнаго ознакомленія съ нимъ—онъ подлежитъ вивисекціи, разсмотрѣнію въ его функціонированіи, какъ требующаго, повелѣвающаго. Кромѣ теоретическаго изученія тѣхъ концепцій, которыя входятъ въ составъ идеала, онъ подлежитъ построенію, какъ таковой, какъ требованіе, какъ запросъ, какъ норма. Для полноты разсмотрѣнія идеала мы принуждены съ теоретической точки зрѣнія перейти и на практическую. Между тѣмъ, изученіе „существа“ явленій есть типичная задача теоретической мысли, не имѣющая никакого отношенія къ практической. Очевидно, такимъ образомъ, что оно къ политикѣ, деонтологіи непосредственнаго отношенія имѣть не можетъ, и только по недоразумѣнію могло быть совмѣщено съ познаніемъ „идеала“.

менѣе спеціально говоритъ о политикѣ права, онъ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ даетъ меньше основаній для полемики; въ частности—болѣе отдѣляетъ политику отъ правовыхъ дисциплинъ.

Однако, было бы поспѣшно успокоиться на такой очевидности,—не скрывается-ли въ этомъ видимомъ, явномъ недоразумѣніи что нибудь, объясняющее, если и не обосновывающее его. Только тогда слѣдуетъ считать недоразумѣніе разрѣшеннымъ, когда выяснены пружины, благодаря которымъ оно могло не быть сразу-же обнаруженнымъ. Въ данномъ случаѣ дѣло, повидимому, въ слѣдующемъ: пр. Петражицкій считаетъ (въ своей теоріи развитія права), что право по существу своему стремится къ осуществленію идеала (перерабатывая соотвѣтственно психику людей). Такимъ образомъ идеалъ оказывается имманентнымъ процессу (будущему) развитія права. Право-де исторически стремится къ идеалу. Поэтому то, что для насъ является идеаломъ, соотвѣтствуетъ объективному результату развитія права. Изученіе существа развитія права даетъ намъ тотъ же идеалъ, который необходимъ для построенія политики. Здѣсь, кажется, мы вскрыли то объединяющее „существо" и „идеалъ", что позволило заключить ихъ за одну скобку.

Тѣмъ не менѣе, кажется намъ, и при такой постановкѣ вопроса это сдѣлано ошибочно. Во 1) необходимо отличать право отъ его развитія; „существо" права, его общія свойства, схему—отъ „существа" процесса его развитія, основныхъ моментовъ развитія, схемы развитія. Но во 2) даже ограничиваясь только вторымъ, и признавая идеалъ имманентнымъ существу историческаго (будущаго) развитія,—изученіе идеала, именно, съ этой точки зрѣнія—останется только теоріей. Разсмотрѣніе идеала, какъ закономѣрнаго результата развитія права, какъ присущаго его „существу",—и будетъ теоретическимъ изученіемъ процесса развитія права и его результатовъ. „Практическимъ", деонтологическимъ изученіемъ будетъ не разсмотрѣніе идеала, какъ послѣдствія „существа" развитія, а его построеніе, какъ должнаго, искомаго. Итакъ, изслѣдованія „существа" и „идеала"—принципіально различны, причемъ первое, а также и теоретическую часть второго приходится устранить изъ политики права, поскольку она противополагается теоріи.

Но можетъ быть, мы наконецъ-то и подошли къ собствен-

ной наукѣ политики—къ построенію идеала права? Отнюдь нѣтъ. Мы, правда, вышли изъ теоріи, но къ наукѣ политики еще не пришли.

Прежде всего замѣтимъ, что идеалъ, цѣль права можетъ (въ смыслѣ, нужномъ для политики) заключаться не въ самомъ правѣ, а внѣ его,—въ нѣкоторомъ регулированіи общественныхъ отношеній. Цѣль права заключается въ установленіи извѣстныхъ отношеній въ обществѣ, въ опредѣленномъ регулированіи общественной жизни. Это положеніе, разумѣется, требуетъ сложнаго обоснованія на почвѣ изученія права и общества; но для даннаго случая насъ отъ него освобождаетъ то обстоятельство, что это положеніе вполнѣ признается пр. Петражицкимъ. Для него право (въ политикѣ) имѣетъ значеніе не само по себѣ, а по своимъ послѣдствіямъ на психику людей, экономическое положеніе и т. д.; оно разсматривается въ качествѣ средства. Слѣдовательно не въ правѣ будетъ лежать его идеалъ, а внѣ права; „окончательный идеалъ" права—это такое состояніе (общественное, экономическое, психологическое), водвореніе котораго преслѣдуется правомъ, устанавливаемымъ наукой политики. Можно, конечно, говорить объ идеалѣ, идеальномъ состояніи самого права; но для политики это будетъ такимъ состояніемъ права, при которомъ оно наиболѣе совершеннымъ образомъ достигаетъ осуществленія своихъ цѣлей,—при которомъ оно осуществляетъ общественный идеалъ. Но если окончательный идеалъ права лежитъ внѣ предѣловъ права, то и построеніе идеала выходитъ за предѣлы науки о правѣ.

Если политика изучаетъ право, какимъ оно должно быть для достиженія искомой цѣли, то очевидно, что цѣль (или идеалъ права) предполагается данными до политики, какъ до политики должно быть дано и право съ его свойствами. Задача построенія средства для данной цѣли отличается отъ задачи построенія самой цѣли. Именно цѣль-то и должна быть дана, чтобы можно было изучать, какимъ должно быть средство его достиженія.

Итакъ, то, въ чемъ пр. Петражицкій видитъ части содержанія науки политики, дѣйствительно, весьма важно, но отнюдь

не составляетъ возможнаго содержанія этой науки; относится же оно къ разнымъ областямъ—къ теоретической психологіи, соціологіи, къ теоріи же права—съ одной стороны, къ методологіи—съ другой, къ нормативной дисциплинѣ о цѣляхъ (соціальной деонтологіи)—съ третьей. Мы еще ниже вернемся къ отношенію политики и нормативнаго построенія цѣлей; но будь это послѣднее даже самостоятельной дисциплиной (деонтологической),—ее во всякомъ случаѣ, какъ выше было указано, съ политикой отождествить *нельзя*.

Резюмируемъ сказанное: существуетъ при изученіи права проблема, состоящая въ томъ, чтобы опредѣлить, какимъ оно должно быть, чтобы оказаться средствомъ достиженія опредѣленной цѣли.

Такая проблема всегда признавалась. Пр. Петражицкій утверждаетъ, что она создаетъ цѣлую науку, отличную отъ теоріи (деонтологическую). Содержаніе этой науки онъ вскрываетъ въ трехъ составныхъ частяхъ. При анализѣ оказывается, что эти три части относятся всѣ къ другимъ областямъ изученія; то, что въ нихъ носитъ характеръ деонтологіи, не относится къ праву, а что относится къ праву—не носитъ характера деонтологіи (а теоріи).

Слѣдовательно политика права остается безъ присвоеннаго ей содержанія. Отсюда возможны два выхода. Или политика все же самостоятельная дисциплина, а слѣдовательно у нея другое содержаніе. Или у нея, именно, это содержаніе, и значитъ, она не самостоятельная дисциплина. Или пр. Петражицкій ошибся, приписавъ наукѣ политики такое содержаніе, или онъ ошибся, приписавъ этому содержанію характеръ отдѣльной, самостоятельной науки. Принять второе предположеніе значило-бы уничтожить самую теорію о наукѣ политики права, принять первое значило-бы уничтожить то конкретное (хотя бы и бѣглое) развитіе, которое далъ ей пр. Петражицкій. Въ обоихъ случаяхъ мы имѣемъ отрицаніе этой теоріи, но во второмъ принципіальное (отрицаніе возможности ее построить какимъ бы то ни было другимъ конкретнымъ путемъ), въ первомъ фактическое (отрицаніе изложенной авторомъ теоріи). Изъ этой альтернативы выхода нѣтъ.

Пр. Петражицкій избралъ (имплицитно) послѣднее. Въ статьѣ, помѣщенной въ „Правѣ“ (1902 г., № 41), онъ называетъ изученіе теоріи права, методологіи и раціональной задачи права—базисомъ, „предварительной работой“, т. е. останавливается на томъ, что *имплицитно* проскальзывало какъ будто и раньше, хотя опровергалось эксплицитными заявленіями [1].

Дѣйствительно, если продолжать считать политику права особой наукой, то эти три области и будутъ ея предпосылками. Если политика права—наука, изучающая, какимъ должно быть право, чтобы осуществить его раціональную задачу (или идеалъ, или цѣль), то для того, чтобы построить эту науку, намъ уже предварительно надо знать эту раціональную задачу и тотъ матеріалъ, который мы хотимъ сдѣлать нашимъ средствомъ.

Точно также и методологія—хотя фактически и можетъ слѣдовать за, или одновременно съ построеніемъ науки, но логически является ея предпосылкой. Такимъ образомъ признаніе этихъ трехъ областей предпосылками политики права знаменовало бы отказъ отъ того конкретнаго вида, въ какомъ было изложено ученіе о политикѣ, какъ наукѣ, съ сохраненіемъ оффиціальнаго признанія ея особой наукой. Но для этого не видать основаній: вѣдь то, что политика—наука выводится изъ наличности опредѣленнаго ея содержанія. Если оно въ составъ политики не входитъ, какія же основанія считать ее самостоятельной наукой?

Мы и склоняемся къ другому взгляду, но, чтобы его обосновать, остановимся еще на этомъ.

Мы хотимъ показать, что политика не есть самостоятельная наука. Для этого намъ надо установить такіе существенные признаки науки (хотя бы и не исчерпывающіе), отсутствіе которыхъ въ данной области знанія лишало бы ее характера науки.

---

[1]) Въ „Введ. въ изуч. права“ пр. Петражицкій изученіе свойствъ права правовой мотиваціи и пр. называетъ также „теоретическимъ базисомъ“ (стр. IX).

Наука съ динамической точки зрѣнія, т. е. какъ функція, есть методическое изученіе даннаго объекта, взятаго въ опредѣленномъ отношеніи. Съ статической точки зрѣнія, т. е. какъ продуктъ этой функціи,—наука есть методологически обоснованная общеобязательная система положеній, соотвѣтствующая данному объекту (взятому въ опредѣленномъ отношеніи), и въ этомъ смыслѣ покрывающая его. Конечно, въ процессѣ развитія наука обыкновенно не исчерпываетъ своего объекта, не покрываетъ его. Но это вопросъ фактическаго несовершенства, не принципіальный. Съ другой стороны, бываетъ, конечно, что относительно одного и того же момента существуютъ одновременно два взаимно-отрицающихъ одно другое ученій. Но это заставляетъ предполагать, что одно изъ нихъ неправильно, не научно, къ наукѣ не относится; что мы примѣнили неправильные методы, или имѣли недостаточный или ошибочный матеріалъ для ихъ примѣненія. Принципіально опять таки для каждаго момента объекта существуетъ опредѣленное положеніе (или ихъ совокупность) науки, опредѣленное и единое; для одного момента въ объектѣ не можетъ быть разныхъ и даже противоположныхъ сужденій.

Пока удовлетворимся этими немногими замѣчаніями [1]).

---

[1]) Мы съ тѣмъ большимъ правомъ можемъ ограничиться этими замѣчаніями, не обосновывая ихъ точнѣе, что самъ пр. Петражицкій позволяетъ намъ сдѣлать ихъ критеріемъ того, самостоятельная-ли наука—политика права. Именно, онъ приписываетъ политикѣ, какъ наукѣ—методичность (самостоятельность метода), систематичность и единство (общезначимость изложеній). Такимъ образомъ указанные нами признаки признаются пр. Петражицкимъ конститутивными для науки политики и имѣющимися въ ней.

О методѣ политики права—напр. Кіевск. Универс. Изв. XXIX, XXXIV („вторую часть правнополитической методологіи") XXXVI („самостоятельный, соотвѣтствующій предмету и задачѣ, методъ") и т. д. О систематичности—ib., XXXVI („самостоятельную систему"), XXXXI, („пол. пр. какъ наука, систематически обнимающая всю область права съ точки зрѣнія того, что должно быть"..), XLIX, LI. О единствѣ науки—Ib., XXXXIII, („...съ политикою права, какъ единою наукой"), LXXXI („единая наука всего цивилизованнаго человѣчества"...). LXXXIV. Аналогичное мы находимъ и во „Введ. въ изученіе права"..., стр. V и VII („систему научно обоснованныхъ правно-политическихъ положеній"). Вообще въ этой книгѣ мы нашли (стр. 94, 97) принципіальную согласованность со сказаннымъ въ текстѣ о признакахъ науки. Это даетъ намъ лишнее и окончательное основаніе пользоваться ими какъ критеріемъ при разсмотрѣніи вопроса, есть ли политика права—наука.

Мы видѣли, что указанное пр. Петражицкимъ содержаніе науки политики оказалось къ ней неотносящимся. Нашему анализу подлежитъ теперь формальная задача разсмотрѣть, можетъ-ли самостоятельной наукой быть изученіе того, каковымъ должно быть право, чтобы стать средствомъ осуществленія опредѣленной цѣли. Для этого разсмотримъ сначала, поскольку цѣль можетъ служить цементомъ, скрѣпляющимъ въ одну науку разсужденія о средствахъ ея достиженія.

Съ другой стороны, пр. Петражицкій утверждаетъ, что политика имѣетъ свою спеціальную методологію, отличную отъ методологіи теоретическихъ дисциплинъ и такимъ образомъ отдѣляющую ее отъ этихъ послѣднихъ. Посмотримъ, такова-ли она дѣйствительно.

Вотъ двѣ задачи, къ которымъ мы прежде всего послѣдовательно и обратимся.

III.

Итакъ, обратимся къ цѣлямъ, примѣнительно къ которымъ наука политики должна изучать право, какъ средство ихъ достиженія.

Конечною цѣлью политики права проф. Петражицкій считаетъ любовь [1]), при чемъ считаетъ это положеніе не подлежащей оспариванію аксіомой [2]).

---

[1]) D. L. v. E., I, 339. „Das höchste und allein dauernde Ideal... die Liebe"; также II, 476—477. „Die Civil politik hat aber ein unwandelbares Licht, welchem sie, durch die Gerechtigkeit unbeirrt, folgen kann. Dies ist die Liebe... Die Liebe ist die Vollkommenheit, die höchste Schönheit der Seele", также II, 604. (Въ этомъ трудѣ рядомъ съ „Liebe" авторъ иногда ставилъ „und Vernunft", но это послѣднее упоминается и болѣе бѣгло, и менѣе часто, съ меньшимъ подчеркиваніемъ и съ меньшимъ развитіемъ). Также II, 542, выноска: „Nach unserer Anschauung ist das Ziel der Strafpolitik dasselbe, wie des gesammten Rechtsmechanismus. Es soll nur im Namen der Liebe gestraft werden". Совершенно аналогичное мы находимъ въ Кiев. Унив. Изв., XVII. „Высшее благо, къ которому мы должны стремиться въ области политики вообще и политики права въ частности— нравственное развитіе человѣка, достиженіе высокой разумной этики въ человѣчествѣ, а именно идеала любви" (XI). Для уголовной политики проф. Петражицкій видитъ идеалъ „приближеніе къ идеалу любви" (XVI); ср. XX—XXI. „Любовь, какъ идеалъ, какъ аксіому практическаго разума, мы принимаемъ въ то

Изъ этой высшей цѣли методомъ, на которомъ мы еще ниже остановимся, проф. Петражицкій принципіально считаетъ возможнымъ извлечь всѣ промежуточныя, пока, наконецъ, мы не дойдемъ до ближайшей, по отношенію къ которой политикѣ права остается установить послѣдній сплло-

---

же время за высшую истину, за кульминаціонный пунктъ теоретическаго разума (XXI, выноска). „Выше, глубже и прочнѣе должна быть наша программа... Тогда мысль, высказанная римскими юристами, не будетъ предана забвенію, не перестанетъ быть понятною будущимъ поколѣніямъ, а будетъ всегда освѣщать путь движенію права и человѣчества къ идеалу любви" (LI). „Во введ. изуч. права и пр.", мы читаемъ (стр. VIII): „Идеаломъ является достиженіе совершенно соціальнаго характера, совершенное господство дѣйственной любви въ человѣчествѣ".

[2]) Ср. Die Lehre v. Eink., II, 542—543, вын.: „Diese Sätze sind für uns a priori (vom Standpunkt des Axioms, des absoluten Postulates der Politik, der Liebe) absolut richtig". Въ другомъ мѣстѣ (II, 486) проф. Петражицкій выражается не въ столь абсолютной формѣ; однако, онъ и тамъ противопоставляетъ идеаламъ справедливости, по его мнѣнію принципіально неустойчивымъ („hier ist kein Frieden möglich")—свой идеалъ: „hier ist die principielle Ewigkeit über Endziele und eine sachliche Diskussion über Mittel möglich". О томъ, что указанный имъ идеалъ постулируется природой человѣка и понятіемъ прогресса и культуры—II, 485. Аналогично и въ Кіевск. Унив. Изв.: „ . . . въ основаніи . . . лежатъ двѣ аксіомы, двѣ догмы. Первая изъ нихъ: любовь есть высшее благо" . . . (XXIX). „Положеніе, что любовь есть идеалъ, высшее благо, представляетъ аксіому практическаго разума и, какъ таковое, не требуетъ доказательствъ и не можетъ быть доказано" (XI). Другое мѣсто мы уже привели въ предшествующей выноскѣ: „Любовь, какъ идеалъ, какъ аксіому практическаго разума" . . . (XXI вын.). Приэтомъ интересно, что проф. Петражицкій считаетъ любовь и высшей истиной теоретическаго разума въ силу такого разсужденія: присоединяясь къ тѣмъ, кто въ генезисѣ интеллектуальной функціи видитъ продуктъ приспособленія, а слѣд. выводятъ ее изъ „практическихъ" потребностей индивида, проф. Петражицкій подчиняетъ теоретическій разумъ практическому, а слѣд. и основной аксіомѣ этого послѣдняго—любви. При этомъ упускается изъ вниманія, 1) что происхожденіе „теоретическаго разума" изъ практическихъ потребностей, подчиненность практики—не есть подчиненность „практическому разуму", и 2) что—и въ этомъ случаѣ—этотъ послѣдній можетъ быть понятъ только въ смыслѣ цѣлепреслѣдованія цѣлей органическихъ, выживанія, вообще—цѣлепреслѣдованія жизненнаго, а не нравственнаго, не оцѣненнаго нравственнымъ критеріемъ.

Но для насъ важна только та безусловность, съ которой здѣсь проявляется убѣжденіе въ аксіоматичности „любви". „Любовь, какъ идеалъ", стремленіе къ любви—здѣсь уже даже не постулатъ, а непререкаемый историческій фактъ аксіоматической достовѣрности, аналитическое свойство практическаго разума; ибо изъ *постулата* практическаго разума только и можно вывести, что постулаты же, нормы, а не фактъ, не „кульминаціонный пунктъ теоретическаго разума".

гизмъ о томъ, какая норма права при данныхъ обстоятельствахъ осуществляетъ эту цѣль [1]).

Не будемъ разбирать, отличаетъ ли проф. Петражицкій это построеніе цѣлей отъ политики права. Если онъ ихъ совмѣщаетъ, то это—ошибка. Построеніе цѣлей и политика права двѣ разныя вещи, и какъ намъ ни соблазнительно заняться анализомъ перваго, самого по себѣ, мы должны отказаться отъ этой задачи, чтобы заняться разсмотрѣніемъ построенія цѣлей только въ той мѣрѣ, въ какой оно отражается на политикѣ.

Итакъ, проф. Петражицкій приписываетъ цѣли характеръ общеобязательности. Что любовь является таковой—не можетъ по его мнѣнію—подлежать сомнѣнію. Съ этимъ—какъ будто—сближается другой мотивъ его теоретическихъ взглядовъ, о которомъ мы выше уже упоминали. Цѣль у него носила объективный (въ смыслѣ имманентности развитію права) характеръ. Однако, съ другой стороны, не можетъ подлежать сомнѣнію, что на самомъ дѣлѣ, здѣсь рѣчь можетъ идти только о субъективной (субъективно-полагаемой) цѣли. Вѣдь политика, какъ это показываетъ самъ авторъ, обращается къ законодателю; политика предполагаетъ, какъ свою исходную точку сознательное воздѣйствіе на ходъ правовой жизни. Это— не изслѣдованіе о томъ, какъ получаются опредѣленные результаты, а о томъ, какъ получать ихъ при сознательномъ воздѣйствіи, очевидно, сознательныхъ и въ виду опредѣленныхъ цѣлей дѣйствующихъ людей. Даже если бы любовь (или какая другая цѣль) была имманентнымъ назначеніемъ правоpазвитія, для политики она не можетъ существовать въ качествѣ таковаго. Таковымъ она можетъ явиться для теоріи, изучающей фактическій процессъ; политика же можетъ разсматривать ее только, какъ имѣющую быть достигнутой цѣль.

---

[1]) „На основаніи знанія существа и окончательнаго идеала права, съ одной стороны, психической и этической природы человѣка и общества, съ другой стороны, прійдется путемъ соотвѣтственныхъ силлогизмовъ опредѣлить болѣе близкія и ближайшія задачи политики права и такимъ образомъ приблизиться къ тому послѣднему силлогизму, который долженъ дать отвѣтъ на предложенный законодательный вопросъ“. Кіевск. Унив. Изв., XXVIII.

Опредѣлять средства имѣетъ смыслъ только по отношенію къ имѣющей быть достигнутой цѣли, не къ имѣющему осуществиться назначенію; а если и къ таковому, то только поскольку ему можно содѣйствовать, т. е. опять-таки поскольку это назначеніе разсматривается, какъ субъективно полагаемая цѣль. Таковъ и смыслъ конкретнаго развитія политики (и даже того случая, по поводу котораго она впервые была выставлена—критики проекта германскаго гражданскаго уложенія), обращаемой къ законодателю, выясняющей долженствующее быть созданнымъ, измѣненнымъ, уничтоженнымъ, значитъ—взывающей къ сознательной, цѣлеполагающей и цѣлепреслѣдующей волѣ человѣка. Значитъ, любовь, какъ цѣль развитія права, есть цѣль субъективно полагаемая; по крайней мѣрѣ только таковою она и можетъ быть для политики. Но можетъ ли субъективно полагаемая цѣль быть общеобязательной? То самое, что она субъективно полагаемая, лишаетъ ее возможности быть общеобязательной. Конечно, фактически всѣ могли бы признать ее для себя обязательной, но ясно, что понятіе общеобязательности исключаетъ такое фактическое пониманіе его; а если даже его и допустить, то легко убѣдиться въ томъ, что такая единая цѣль права фактически отнюдь всѣми не преслѣдуется. Какъ бы то ни было,—обоснованіе общеобязательности верховной цѣли права лежала на авторѣ. Между тѣмъ онъ не только фактически, но и принципіально отказался отъ нея, признавъ эту цѣль аксіомой. Такое утвержденіе—не рѣшеніе вопроса, а устраненіе его. Намъ кажется, впрочемъ, что иначе рѣшить его въ положительномъ смыслѣ и нельзя; ибо цѣль, какъ должное, какъ норма, можетъ быть (какъ и всякое должное) двоякой—или категорически должной или условно должной. Условно должное—это такое должное, которое выводится изъ другого должнаго, и слѣдовательно стоитъ и падаетъ съ нимъ (въ этомъ смыслѣ и условно). Но именно къ верховной, конечной цѣли такая условность по существу дѣла не примѣнима. Категорически же должное—по своему *содержанію* общеобязательнаго не знаетъ. Это достаточно ясно доказывается всей исторіей этики; а противъ ссылки на исторію

отводъ по неподсудности предъявленъ быть не можетъ проф. Петражицкимъ потому, что онъ стоитъ не на апріорно метафизической (или на критической), а на апостеріорно-научной точкѣ зрѣнія. Да и вообще такой отводъ въ данномъ случаѣ нельзя ожидать ни съ какой стороны, такъ какъ и апріористы, признающіе доказуемость общеобязательности категорически должнаго, обыкновенно признаютъ это только относительно него, взятаго формально, а не относительно опредѣленнаго, матеріальнаго его содержанія (въ данномъ случаѣ—любви). Такимъ образомъ, если бы доказуемость общеобязательности кѣмъ либо и утверждалась, то на немъ бы и лежала вся тяжесть доказательства, въ настоящее время, едва ли уже и возможнаго.

Между тѣмъ, иначе какъ изъ другого должнаго или изъ самаго себя, условно или категорично—общеобязательность должнаго (въ данномъ случаѣ—преслѣдуемой цѣли) обоснована быть не можетъ.

Къ сомнѣнію, можетъ ли вообще конечная цѣль быть общеобязательной, общепризнаваемой, присоединяется и невозможность для конкретной цѣли, выставленной проф. Петражицкимъ, быть сочтенной за таковую. И притомъ эта невозможность двоякая—какъ по содержанію указываемой имъ цѣли, такъ и по размѣщенію ея во времени. Онъ помѣщаетъ свою цѣль въ безконечное будущее; идеалъ заключается въ томъ, чтобы въ историческомъ процессѣ воспитать людей, взаимно проникнутыхъ чувствомъ любви. Можно ли предполагать, что всякій согласится съ такой постановкой, можно ли съ ней согласиться? Не предоставятъ ли иные эту задачу другимъ соціальнымъ воспитательнымъ силамъ, а праву—лишь частично и косвенно, удѣляя ему другую непосредственную цѣль: удовлетворить потребностямъ, какъ живыхъ людей, такъ и тѣхъ безконечныхъ поколѣній, въ которыхъ чувство любви еще только будетъ воспитываться. Потребности эти могутъ быть разными лицами понимаемы въ разныхъ размѣрахъ, какъ въ отношеніи слоевъ людей, за которыми они признаются, такъ и по содержанію физи-

ческой и духовной природы, которую они призваны удовлетворять. Можетъ быть, иные (и ихъ будетъ не мало) полагаютъ, что не только наши отдаленнѣйшіе потомки, но и живые люди имѣютъ право на вниманіе, и поставятъ цѣлью права и его развитія—сдѣлать людямъ жизнь хотя бы сносной въ настоящемъ и свѣтлой въ будущемъ; можетъ быть они, цѣня въ правѣ его соціальную роль, поставятъ ему цѣлью соціальную задачу сдѣлать совмѣстную жизнь людей—не непремѣнно мукой для большинства. Можетъ быть, памятую поговорку: „улита ѣдетъ, когда то будетъ“, они сочтутъ за благо отложить (въ области права) попеченіе о воцареніи когда нибудь любви на землѣ, дабы заняться устроительствомъ жизни теперь (и можетъ быть—между прочимъ—въ видѣ хотя бы и предусмотрѣннаго, но не возведеннаго въ цѣль послѣдствія, та или иная форма „любви“ и благорасположенія скорѣе воцарится между людьми, именно какъ послѣдствіе такого устроительства, нежели если полученіе ея будетъ сдѣлано основною цѣлью). Конечно, этимъ еще не предрѣшается съ какой точки зрѣнія будетъ предпринято такое устроительство жизни; можетъ быть, какъ разъ съ точки зрѣнія любви. Но важно то, что цѣлью будетъ не созданіе въ будущемъ людей съ психикой любви, а удовлетвореніе запросовъ живущихъ людей; воспитаніе же людей въ соотвѣтствующемъ направленіи будетъ либо послѣдствіемъ, либо средствомъ для этой цѣли, либо и вообще не будетъ съ нею въ связи, но во всякомъ случаѣ самою то цѣлью не будетъ.

Можетъ существовать такая концепція цѣли, но можетъ быть и еще иная. Пускай мы поставимъ цѣлью не удовлетвореніе духовныхъ и матеріальныхъ потребностей человѣчества, а созданіе новаго типа людей, (съ „психикой любви“, или другой какой либо—безразлично) творчество новаго человѣчества съ новыми (или новымъ сочетаніемъ) духовными свойствами и новыми потребностями. Пускай мы пожертвуемъ и нашими современниками и нашими ближайшими потомками ради созданія въ будущемъ какого нибудь типа сверхчеловѣчества. Пускай мы жизнью пожертвуемъ ради прогресса.

Но и въ этомъ случаѣ едва ли намъ будетъ обязателенъ тотъ идеалъ, который выставленъ проф. Петражицкимъ,— вовсе не трудно представить себѣ и другіе. Намъ незачѣмъ разбирать ту или иную частную концепцію, и мы остережемся отъ столь соблазнительнаго въ настоящемъ мѣстѣ грѣхопаденія стольких современниковъ—непремѣнно сказать нѣсколько словъ о Ницше, о чемъ бы они ни писали. Поставимъ вопросъ въ отвлеченной постановкѣ. Если мы будемъ мечтать о будущемъ совершенномъ человѣчествѣ и поставимъ цѣлью соціальнаго развитія (а въ частности—праворазвитія) его созданіе, то почему намъ ограничиться одною стороной человѣческой души, оставляя безъ вниманія остальныя? Почему намъ поставить цѣлью воспитаніе въ человѣкѣ „любви", т. е. его нравственной природы, забывая интеллектуальную сторону души, не думая о волевой? Почему намъ не создать разносторонній образъ человѣка сильнаго, мужественнаго, мудраго, прекраснаго, добраго, тонко-чувствующаго; почему намъ не стремиться къ развитію всего богатства духовныхъ залежей, заключенныхъ въ душѣ человѣческой, а только къ развитію одной ея стороны—нравственнаго порядка—альтруистическихъ наклонностей.

Мы отнюдь не хотимъ этимъ доказать, что нельзя или хотя бы что не слѣдуетъ создавать себѣ такого односторонняго идеала. Многимъ можетъ казаться единственно цѣннымъ только этическая сторона человѣческой души; мы хотимъ только напомнить, что инымъ можетъ казаться столь же исключительно цѣнной какая нибудь другая—интеллектуальная, эстетическая; а инымъ—гармоническій синтезъ этихъ разныхъ сторонъ.

Но, можетъ быть, психика „любви" играетъ не ту роль, которую мы ей приписываемъ. Можетъ быть, она цѣнна не по своему индивидуально-психологическому содержанію, а по своему соціальному значенію. Можетъ быть, не въ томъ идеалъ, чтобы человѣкъ обладалъ психикой „любви", а въ томъ, чтобы общество зиждилось на этой психикѣ (индивидуальной, конечно); идеаленъ не такой человѣкъ, а такое общественное устройство, которое зиждится на этой психикѣ.

Пускай такъ. Но тогда эта психика „любви" есть въ свою очередь только средство идеальнаго общественнаго строя, а въ такомъ случаѣ—надо-же знать, въ чемъ будетъ его содержанiе? Мы будемъ стремиться создать общество, которое основывалось бы не на принужденiи (хотя бы и не насильственномъ, а только духовномъ), не на ограниченiи однихъ ради другихъ, не на жертвахъ, не на предупрежденiи, пресѣченiи, карѣ, а на добровольномъ со стороны каждаго содѣянiи общественно нужнаго изъ любви. Но тогда самое интересное (для иныхъ) останется незатронутымъ такимъ идеаломъ—въ чемъ же будетъ заключаться то, что будетъ содѣлываться изъ любви, ибо не всякое, даже вполнѣ добровольно совершаемое всѣми—можетъ показаться желательнымъ и идеальнымъ. Индивидуальный способъ социально совершаемаго здѣсь ставится идеаломъ, а само социально совершаемое этимъ индивидуальнымъ способомъ остается въ тѣни. И вотъ въ противоположность такой концепцiи можетъ быть выдвинута другая, которая по меньшей мѣрѣ цѣнитъ столько же и самый результатъ этихъ дѣйствiй, которая, значитъ, выдвинетъ другой идеалъ, касающiйся содержанiя социальной (и индивидуальной) жизни на первый планъ. Такая концепцiя можетъ вовсе не вычеркнуть и способа индивидуальнаго осуществленiя этого идеала, но она можетъ придавать, напр., второстепенное значенiе, именно, „любви", выдвигая наряду съ ней и сознанiе долга и даже др.

Итакъ, даже если взять цѣлью социальнаго развитiя воспитанiе въ человѣкѣ совершенства, то и здѣсь идеалъ психики „любви" можетъ встрѣтиться съ серьезными возраженiями: какъ идеалъ человѣка, онъ одностороненъ и бѣденъ, какъ идеалъ основы социальнаго устройства—онъ не затрагиваетъ своей цѣли (социальнаго устройства по содержанiю) и ненужнымъ образомъ сужаетъ психическiй механизмъ социальнаго устроенiя (выбрасывая сознанiе долга, разсчетъ цѣлесообразности). А если прибавить къ цѣли совершенствованiя людей цѣль устроенiя ихъ жизни (въ такой постановкѣ и легко связуемыя), то мы будемъ очень далеки отъ идеала, выставленнаго пр. Петражицкимъ.

Мы отнюдь не хотимъ здѣсь сказать, чтобы сдѣланныя нами замѣчанія исчерпывали всѣ идеалы, которые можно было бы противопоставить идеалу воспитанія въ человѣчествѣ „любви". Мы только указали на тѣ цѣли, которыя кажутся намъ наиболѣе естественнымъ образомъ напрашивающимися, а отчасти и наиболѣе распространенными. Но, разумѣется, нетрудно привести и другія концепціи, отличающіяся отъ концепціи пр. Петражицкаго.

Но не только были выставляемы и другіе идеалы, но и былъ критикуемъ выставленный пр. Петражицкимъ; ибо онъ, конечно, не новъ, и въ существѣ своемъ сводится къ идеалу индивидуальной „святости". Такимъ образомъ невозможно, кажется намъ, оспаривать то, что этотъ идеалъ не только фактически не общепризнанъ, но фактически же и сознательно весьма нерѣдко отвергается.

Но если онъ отвергался, какъ конечный идеалъ вообще, то тѣмъ труднѣе счесть его имѣющимъ хотя бы какіе нибудь шансы на общее признаніе въ качествѣ цѣли для праворазвитія въ частности.

Что фактически „любовь" не признавалась и не признается въ качествѣ таковой—не стоитъ и доказывать. Не только на практикѣ, но и въ теоріи праву обыкновенно приписывались совершенно иныя цѣли (охрана, разграниченіе интересовъ; предоставленіе сферъ свободы, воли и пр.) [1]. Но такъ же мало понятной была бы и другая постановка вопроса, а именно,—что любовь *должна быть* общеобязательной цѣлью права. Любовь, какъ будто, издавна—и на основаніи серьезныхъ авторитетовъ—болѣе или менѣе монополизирована нравственностью, которую пр. Петражицкій ясно отграничиваетъ отъ права, вовсе не желая замѣнить первую вторымъ. И такое присвоеніе любви нравственности почти что въ противоположность праву имѣетъ глубокое основаніе какъ въ существѣ ихъ, такъ (въ частности) и въ относя-

[1]) См. Коркуновъ, Общая теорія права, 41—48, 57—84; Коркуновъ, Исторія философіи права, passim; Петражицкій, очерки философіи права, вып. I, 106—127.

щейся къ нему теоріи права самого пр. Петражицкаго: именно въ аттрибутивной функціи права (лежащей въ основѣ теоріи права нашего автора [1]), въ силу которой оно—по его мнѣнію—получаетъ свой преимущественно соціальный характеръ, благодаря которой возникаетъ цѣлая сложная соціальная система его охраны—суда, властей и т. п.; именно, въ этомъ важнѣйшемъ моментѣ права мы видимъ существеннѣйшее противорѣчіе признанію любви—цѣлью праворазвитія. Право, заботящееся объ интересахъ людей путемъ приписыванія имъ чужихъ обязанностей, и благодаря этому предоставляющее людямъ власть надъ дѣйствіемъ или бездѣйствіемъ другихъ,—право, регулирующее отношенія авторитетнымъ вмѣшательствомъ, предоставляющее „каждому свое", устанавливающее это „свое"—кажется намъ въ основѣ своей безконечно далекимъ отъ „любви". Правда, мы въ этомъ разсужденіи руководствуемся смутнымъ впечатлѣніемъ, сопровождающимъ слово „любовь", а не яснымъ анализомъ обозначенныхъ имъ представленій. Но это уже не наша вина,—какъ о томъ будетъ еще ниже упомянуто.

Такимъ образомъ, даже если бы можно было поставить „любовь" во главу цѣлей нормативной работы человѣчества вообще, конечнымъ его идеаломъ, то и это еще не означало бы, что „любовь" есть цѣль *права*, праворазвитія. Скорѣе это показало бы, что цѣль право развитія не есть конечный идеалъ человѣчества, а предварительный; такая предварительная ступень, такое предшествующее конечному состояніе, которое должно быть достигнуто предварительно достиженія конечнаго идеала. Это показало бы, что право ведетъ къ такому состоянію, которое не будучи само по себѣ конечнымъ идеаломъ—необходимо для его достиженія; что достиженіемъ этого предварительнаго состоянія уничтожается дальнѣйшій смыслъ и значеніе права, и оно устраняется изъ числа факторовъ, имѣющихъ вести человѣчество дальше, къ конечной цѣли—„любви". Но это отнюдь не показало бы, что „любовь" и есть цѣль праворазвитія. Это только и значило бы,

---

[1]) См. Л. I. Петражицкій, очерки философіи права, вып. I, § 2, 4.

что цѣль праворазвитія вообще не конечная цѣль развитія человѣчества, что оно непосредственно не къ ней ведетъ, а къ промежуточной,—это не показало бы, что промежуточная—то и есть конечная—„любовь".

Итакъ, даже признавая „любовь" конечнымъ идеаломъ, намъ казалось бы несравненно проще и естественнѣе приписать праворазвитію тѣ цѣли, достиженіе которыхъ ближе къ компетенціи права, и которыя (уже во всякомъ случаѣ до той поры, когда встанетъ солнце любви) въ столь высокой степени цѣнны и необходимы человѣчеству. Все то, что суммируется въ (правда, довольно таки неопредѣленномъ, но болѣе ли опредѣленна—„любовь"?) словѣ справедливость, все то, что способствуетъ закрѣпленію уваженія и цѣненія человѣческой личности, всякой человѣческой личности, что создаетъ и регулируетъ условія ея благосостоянія, развитія, расцвѣта—все это гораздо естественнѣе отнести къ цѣлямъ права.

Правда, можно возразить, что все это можно вывести, дедуцировать изъ „любви". Но: 1) даже если бы это такъ было, это бы еще ничего не означало. Можетъ быть и самое то право можно дедуцировать изъ нравственности или изъ чего либо другого,—лишаетъ ли это право самостоятельности. Пускай, напр. попеченіе о человѣческой личности выводимо изъ любви, важно, что праворазвитіе—то будетъ преслѣдовать первое, выводимое изъ второго, а не второе, изъ котораго выводится первое. Но во 2) еще важнѣе то, что въ этихъ—выражаясь эвфимистически, абстракціяхъ, а выражаясь точнѣе—туманностяхъ, нѣтъ такой, которую нельзя было бы вывести изъ другой.

Въ самомъ дѣлѣ, что такое эта любовь, внѣдреніе которой въ человѣчество рисуется проф. Петражицкому задачей праворазвитія? Отбросивъ все, что включается въ понятіе любви и явно къ нашей темѣ не имѣетъ отношенія, мы все же увидимъ передъ собой весьма расплывчатый, неясный и измѣнчивый комплексъ эмоцій. Представляя себѣ его воплощеніе въ живыхъ людяхъ, мы получимъ крайне разнообразные духовные облики, частью-рѣзко противоположные, пред-

полагающіе совершенно различные (если можно такъ выразиться) психологическіе контексты,—въ зависимости отъ видоизмѣненій этого эмоціональнаго сложнаго состава, отъ того, о какой любви будетъ идти рѣчь. О любви—къ человѣку, человѣчеству, идеаламъ—и какимъ? Къ ближнему, далекому? Можно любить пассивно, непротивленіемъ и уступчивостью; можно любить активно, борясь и руководя? Любовь можетъ быть попеченіемъ и послушаніемъ. Можно любить всепрощеніемъ и любить, ненавидя; любить, попуская и карая; любить и страдать, любить и заставлять страдать. Воспитывать эти чувства надо совершенно различно, они создаютъ и предполагаютъ совершенно разные типы людей,—характеровъ и склада отношеній. До того разные—что можно усомниться, не представляетъ—ли „любовь" въ этихъ предѣлахъ (и даже въ еще болѣе широкихъ) лишь то, что намъ заблагоразсудится въ нея вложить? Неужели же въ этомъ неясномъ по неопредѣленности и внутренней неустойчивости, приводящей къ противорѣчіямъ, психологическомъ комплексѣ видѣть цѣль праворазвитія. И изъ такой смѣси производить дедукцію,—не значило-ли бы это позабавиться игрой въ словесныя построенія, основанныя на произвольномъ quaternio terminorum? Если же произвести такую дедукцію серьезно и послѣдовательно, то у насъ будетъ одна видимость таковой. На самомъ дѣлѣ не изъ понятія любви было бы что либо выведено, а наоборотъ—въ понятіе любви было бы введено, опредѣляя его точно и обстоятельно. Не содержаніе „любви" было бы развернуто въ такой дедукціи, а содержаніе было бы ей только построено. И въ самомъ дѣлѣ, помимо сказаннаго выше о смутности „любви",—вѣдь это только façon de parler—если утверждаютъ, что дедукція производится изъ того или иного понятія, изъ той или иной большей посылки. Даже для простого силлогизма нужны двѣ посылки, а для обширной и сложной дедукціи—ихъ нужно несравненно больше. А такъ какъ трудно думать, чтобы дедукція отъ „любви" сразу перешла къ фактическому положенію вещей, какъ къ источнику меньшихъ посылокъ, то можно думать, что среди нихъ нашлось бы не мало такихъ же неясныхъ, какъ „любовь", и во всякомъ

случаѣ еще больше такихъ же произвольно выбираемыхъ, какъ она. Такимъ образомъ, намъ думается, что эта дедукція не только не подкрѣпила бы общеобязательности цѣлей политики права, но еще болѣе расшатала ее.

Однако, и самъ проф. Петражицкій ея не предпринимаетъ. Онъ по отношенію къ политикѣ права удовлетворяется постулированіемъ наличности посредствующихъ, эмпирически установленныхъ цѣлей, которыя, однако, кажутся ему не подлежащими сомнѣнію, оспариванію [1]). Намъ же кажется такое предположеніе совершенно недопустимымъ. Мы знаемъ, что разнорѣчіе въ отдаленныхъ цѣляхъ, идеалахъ нетождественно съ разнорѣчіемъ въ ближайшихъ. Можно придерживаться одинаковыхъ идеаловъ и рѣзко расходиться въ ближайшихъ цѣляхъ, какъ средствахъ ихъ осуществленія; можно расходиться въ идеалахъ и одинаково стремиться къ ближайшимъ цѣлямъ. Но во всякомъ случаѣ такая общность ближайшихъ цѣлей никогда не бываетъ всеохватывающей [2]). Намъ представляется даже излишнимъ подробно на этомъ настаивать: не достаточно ли припомнить и классовую борьбу и партійную, не достаточно ли вообще хотя бы мелькомъ представить себѣ всю полную противорѣчивыхъ стремленій и интересовъ жизнь современнаго государства, чтобы понять, какіе разнообразные отвѣты будутъ даны на вопросъ, хороша-ли данная норма? Во всѣхъ непримиримыхъ противоположностяхъ въ цѣляхъ и стремленіяхъ, здѣсь наблюдаемыхъ, пожалуй, единственно сравнительно общее—это слова, касающіяся конечнаго идеала, какъ-то „общее благо“ и т. п., которыя, однако, даже и прикрытія-то не всегда даютъ ближайшимъ цѣлямъ, а просто являются нѣкоторымъ украшающимъ ихъ орнаментомъ. Пр. Петражицкій не пытается даже выяснить, какія именно цѣли—общія, не доказываетъ,

---

[1]) К. Ун. Изв. XXX—XXX „.... въ 99% предложенныхъ ей вопросовъ .... просто ее спросятъ: хорошъ ли проектъ..... хороша ли или вредна такая то норма права“ значитъ, критеріи оцѣнки, не выведенные, дедуктивно, все же сомнѣній внушать не должны—они общепризнаны?

[2]) По отношенію къ настоящему времени это признаетъ и проф. Петражицкій, L. v. E. II, 599.

что онѣ должны быть таковыми. А это тѣмъ болѣе было бы необходимо, что въ одномъ мѣстѣ), относящемся къ политикѣ гражданскаго права) онъ ясно наталкивается на весьма существенное противорѣчіе. „Т. н. соціальный вопросъ“, пишетъ онъ въ К. ун. изв. (стр. LV): „мы исключаемъ, ограничиваясь только стремленіемъ усовершенствовать систему частнаго права, какъ систему децентрализованнаго порядка, гдѣ и поскольку она дѣйствуетъ“. Мы здѣсь ушли весьма далеко отъ любви, и даже отъ болѣе близкихъ цѣлей права. Но спрашивается, многіе-ли согласятся такъ ограничивать даже ближайшія цѣли его? И вмѣсто предполагаемаго согласія въ цѣляхъ, какъ основы науки политики, не будетъ-ли непримиримаго и кореннаго разногласія относительно всѣхъ основъ?

Съ другой стороны въ этомъ, намъ кажется, мы наткнулись на внутренній нервъ, заставившій пр. Петражицкаго признать то, что намъ представляется явно противорѣчащимъ дѣйствительности — возможное однообразіе въ цѣляхъ [1]). Дѣйствительно, если условно предположить внѣ спора общія и даже частныя предпосылки системы права („систему децентрализованнаго хозяйства“ и др. болѣе дифференцирующіе ее), то относительно отдѣльныхъ частныхъ вопросовъ, въ предѣлахъ условно установленнаго, пожалуй, и сократятся споры о цѣляхъ. Относительно какого нибудь второстепеннаго,—частнаго вопроса гражданскаго права—если оставить внѣ обсужденія все существенное и коренное—съ одной стороны, а съ другой—стать не въ положеніе одной изъ заинтересованныхъ сторонъ, а на позицію посторонняго благожелательнаго, гуманнаго человѣка—можетъ быть, и получится согласіе цѣлей. И въ сущности не въ такомъ-ли положеніи является ученый критикъ гражданскаго уложенія въ концѣ XIX в.? Но обобщать такую позицію не только на все право, но и хотя бы на все гражданское право; приписывать такому

[1]) Мы, къ сожалѣнію, принуждены обратить на пр. Петражицкаго упрекъ аналогичный тому, который онъ предъявляетъ авторамъ проекта гражданскаго уложенія (L. v. E., II, 599).

отношенію научную общеобязательность—кажется намъ совершенно необоснованнымъ.

Этими замѣчаніями мы бы хотѣли не только дать критику теоріи пр. Петражицкаго, но еще и подкрѣпить то положеніе, которое являлось исходнымъ въ настоящемъ разсужденіи, именно, что и конечныя и ближайшія цѣли права одинаково субъективны; признаніе ихъ необщеобязательно, и въ научномъ отношеніи—произвольно [1]).

Но отсюда по отношенію къ политикѣ права приходится сдѣлать такой выводъ. Политика права выставляется наукой, изучающей, какимъ должно быть право, какъ средство достиженія искомыхъ (общественныхъ) цѣлей. Но если цѣли могутъ быть разными, то, очевидно, что и право, какъ средство ихъ достиженія, должно быть различнымъ. Для достиженія одной цѣли право должно быть однимъ, для другой—оно же, т. е. нормы, регулирующія то же отношеніе, должно быть инымъ, потомъ еще третьимъ, десятымъ. Словомъ, политика права не создаетъ общеобязательности своимъ выводамъ. Она не создаетъ того единства науки, которое приписываетъ ей пр. Петражицкій [2]) и создать его не можетъ. Если вы считаете хорошею такую то цѣль, то политика права дастъ вамъ одинъ выводъ; но когда вы проникнитесь уваженіемъ къ другой,—она же установитъ и новый выводъ.

И не только въ зависимости отъ цѣлей измѣнятся выводы относительно правовыхъ нормъ, какъ средствъ къ нимъ—самая постановка задачъ можетъ происходить въ разныхъ плоскостяхъ.

Этотъ вопросъ въ его полномъ объемѣ собственно не относится къ данному мѣсту нашего изложенія, такъ какъ не

---

[1]) Подъ произвольностью мы, конечно, не понимаемъ индетерминистической необоснованности фактическаго появленія тѣхъ или иныхъ цѣлей въ сознаніи людей; точно также мы подъ этимъ не понимаемъ ихъ нравственнаго безразличія. Мы хотимъ только сказать, что для принятія ихъ въ основу научной конструкціи нѣтъ и быть не можетъ никакихъ общеобязательныхъ основаній. Цѣли не выводимы логически, а устанавливаются волей.

[2]) Ср. К. ун. изв., XXXXIII, LXXXI, LXXXIV (Ср. выноску въ концѣ предшествующей главы).

касается цѣлей права, но въ виду того, что онъ подкрѣпляетъ полученный нами здѣсь выводъ, мы вкратцѣ разсмотримъ его.

Преслѣдованіе цѣлей происходитъ при наличности опредѣленныхъ условій, и вотъ отъ насъ зависитъ, что—именно—взять въ данномъ случаѣ за условіе. Можно, напр., взять за условіе весь существующій режимъ во всемъ его существенномъ, и при этомъ изслѣдовать, какія частичныя его видоизмѣненія имѣютъ тенденцію осуществить поставленную нами цѣль. (Пожалуй, такъ именно поступаетъ пр. Петражицкій, отстраняя всецѣло „соціальный вопросъ"). Можно существующіе институты взять за условіе только въ ихъ основахъ, предоставляя политикѣ всевозможныя ихъ комбинаціи, замѣны и пр. Можно, наконецъ, изъ числа условій вычеркнуть—оставивъ подъ вопросомъ—весь юридическій, правовой укладъ, разсматривая въ качествѣ условія только основные моменты психической и матеріально-соціальной жизни;—и здѣсь вести политикоправное изслѣдованіе нельзя-ли добиваться осуществленія цѣли при данной человѣческой психикѣ путемъ полнаго переустройства правового строя. Мало того, и въ предѣлахъ психики—многое зависитъ отъ насъ, хотимъ-ли мы считать данное—условіемъ, при наличности котораго политика должна изучать, какъ достигнуть цѣли,—или нѣтъ. Напримѣръ одинъ выводъ будетъ полученъ политикой, если мы захотимъ безъ психической ломки добиться цѣли; другой—если мы такой ломки не боимся. Фактически политика права идетъ обыкновенно смѣшаннымъ путемъ. Но опять таки установить пропорцію этого смѣшенія зависитъ отъ насъ, отъ нашего миросозерцанія, нашихъ убѣжденій, взглядовъ, чутья—произвола. Конечно, при иныхъ фиксаціяхъ условій задача политики можетъ оказаться вообще неразрѣшимой, но это одинаково можетъ оказаться и при чрезмѣрно обстоятельной и при чрезмѣрно незначительной фиксаціи условій, даже и при любой; а съ другой стороны можетъ быть и такъ, что возможны разные пути стремленія къ цѣли, напр.—чтобы не выходить за предѣлы замѣчаній пр. Петражицкаго — онъ, очевидно, считаетъ иныя цѣли достижимыми безъ постановки

соціальнаго вопроса, но, вѣроятно, онъ не станетъ отрицать возможности достиженія нѣкоторыхъ изъ нихъ и при таковой. Во всѣхъ этихъ случаяхъ—въ зависимости отъ того, что намъ нравится взять за условія, при наличности которыхъ политика должна найти нормы, осуществляющія искомое назначеніе,—выводы политики будутъ совершенно различными.

Словомъ, политика права не устанавливаетъ единой общеобязательной системы положеній, касающихся своего предмета [1])—права (какъ оно должно быть), какъ это дѣлаетъ всякая наука. Политика права можетъ гарантировать общеобязательность метода, которымъ получаются ея положенія, но не общеобязательность самихъ положеній. Она говоритъ (въ принципѣ): если вы дадите мнѣ на разрѣшеніе задачу, я примѣню къ ней правильные методы рѣшенія; но ни постановка задачи не входитъ въ мою компетенцію, ни рѣшенія не обладаютъ общеобязательностью. Мои рѣшенія не составляютъ содержанія науки (ибо они могутъ быть и противорѣчивы), они не научны,—наученъ только методъ которымъ я ихъ получаю.

Значитъ-ли это что политика права не наука, а методъ? Методъ-ли это научнаго рѣшенія задачъ, поставляемыхъ ему извнѣ; при чемъ сами то рѣшенія не составляютъ науки, какъ они не могутъ составить—единой системы?

Ниже мы еще вернемся въ нѣсколько иной связи къ болѣе подробному выясненію того, что политика не наука, и постараемся показать точнѣе, что именно она изъ себя представляетъ. Покамѣстъ остановимся на выясненномъ: общеобязательны въ политикѣ во всякомъ случаѣ не ея выводы (ибо не общеобязательны ея цѣли, а также и необщеобязательна фиксація условій), а методъ ихъ полученія. Политика поэтому можетъ быть научнымъ методомъ, но не наукой. Поэтому если—согласно пр. Петражицкому—политика противопоставляется теоріи, то она должна отличаться отъ нея своимъ методомъ. Въ слѣдующей главѣ мы и перейдемъ къ разсмотрѣ-

---

[1]) Противоположнаго мнѣнія придерживается пр. Петражицкій—К. ун. изв., XXXXIII, XLIX, LXXXI. Ср. также „Введ. въ из. пр. и нравств.“, стр. VII.

нію метода политики и тѣмъ самымъ къ анализу другой—по ученію пр. Петражицкаго—составной части (или предпосылки) ея. Въ настоящей же главѣ подвергнемъ еще разсмотрѣнію то специальное положеніе, которое въ теоріи политики права приписывается спеціально гражданской политикѣ.

IV.

Итакъ, изслѣдуемъ согласована ли съ общей теоріей политики права—теорія гражданской политики, изъ которой первая выросла.

Гражданское право—по мнѣнію проф. Петражицкаго—имѣетъ своей главной функціей опредѣлять и регулировать „распредѣленіе народнаго и міроваго дохода между отдѣльными группами и членами народа и человѣчества“ (К. Ун. Изв., LIII); при этомъ современная система распредѣленія покоится „на правѣ частной собственности на земельныя участки и др. орудія производства и на принципѣ, что собственникъ капитала пользуется и доходомъ, кот. онъ изъ него въ состояніи извлечь. Пріобрѣтеніе .... по правиламъ т. н. свободной конкуренціи (свободы договоровъ), кот. дополняется наслѣдственностью капитала между частными лицами. Система народнаго хозяйства, покоющаяся на упомянутыхъ принципахъ (точнѣе на массѣ юр. нормъ, изъ кот. эти принципы абстрагированы) можетъ быть опредѣлена, какъ система децентрализаціи народнаго хозяйства“ (LIII—LIV). Соотвѣтственно—„гражданская политика должна такъ же, какъ и гражд. юриспруденція, исходить изъ .... принципа децентрализаціи .... исключая изъ своей области изслѣдованія вопросъ, что лучше, централизація или децентрализація.... Отсюда видно, что такъ назыв. соціальный вопросъ .... мы исключаемъ, ограничиваясь только стремленіемъ усовершенствовать .... систему децентрализованнаго порядка, гдѣ и поскольку она дѣйствуетъ. Иное отношеніе къ дѣлу было бы систематической ошибкою. Съ ... систематической точки зрѣнія правильнѣе отнести указанную область къ болѣе общей наукѣ хозяйственной поли-

тики" .... (LV). Такимъ образомъ „спеціальная и непосредственная задача—экономическаго свойства, а именно усовершенствованіе децентрализованной системы правовой организаціи народнаго хозяйства въ смыслѣ достиженія возможно лучшихъ результатовъ въ этой области, какъ съ точки зрѣнія высоты народнаго богатства .... такъ и съ точки зрѣнія распредѣленія .... упомянутая задача подчиняется общему идеалу политики права" (LVI).

Итакъ, оцѣнка самой то централизованной или децентрализованной системы—съ систематической точки зрѣнія—относится въ другую область,—болѣе общей науки.

Конечно,—какъ распредѣлить матеріалъ науки—вопросъ сравнительно второстепенный: можно оставить данное разсужденіе въ одной главѣ или перенести въ предыдущую—это не важно—важно лишь одно: чтобы преюдиціальный вопросъ преюдиціально былъ бы и рѣшенъ, оставимъ-ли мы его въ той же наукѣ, или перенесемъ въ болѣе общую. Между тѣмъ проф. Петражицкій *рѣшаетъ* преюдиціальный вопросъ *перенесеніемъ* его въ болѣе общую науку, тѣмъ лишая всякаго основанія свою.

Въ самомъ дѣлѣ, въ какомъ положеніи окажется гражданская политика, если въ болѣе общей выяснится, что съ точки зрѣнія идеала, психологіи и методовъ политики права, распредѣленіе должно быть централизованнымъ? Или въ какомъ положеніи она окажется, если выяснится, что распредѣленіе должно быть въ зависимости отъ обстоятельствъ „смѣшаннымъ", съ усиленіемъ и ослабленіемъ централизаціи—соотвѣтственно измѣненію психики? Вѣдь въ обѣихъ этихъ случаяхъ вся наука гражданской политики идетъ на смарку. (А второй изъ нихъ, настолько близокъ къ исторіи и современности, что даже фактическую презумпцію противъ него трудно выдвинуть).

Итакъ, гражданская политика—или простая забава на авось, или предполагаетъ рѣшеннымъ вопросъ „соціальной политикѣ", о „децентрализованной системѣ распредѣленія" въ пользу послѣдней; предполагаетъ это безъ выясненія вопроса. А такъ какъ трудно предположить первое въ виду призыва

къ созданію науки, собиранію громадныхъ матеріаловъ, устройству конгрессовъ (D. L. v. E., II, 619) и пр., то остается остановиться на второмъ.

Таково систематическое положеніе гражданской политики.

Правда, проф. Петражицкій предлагаетъ „ограничиться стремленіемъ усовершенствовать .... систему децентрализованнаго порядка *гдѣ и поскольку она дѣйствуетъ*". (Курсивъ нашъ). Но такая оговорка—съ точки зрѣнія теоріи проф. Петражицкаго—можетъ быть признана только за lapsus. Ибо что за дѣло можетъ быть политикѣ права, изучающей какимъ оно должно быть въ виду идеала, до того, какимъ оно было? Факты могутъ интересовать политика—какъ предпосылки его выводовъ, не какъ ограниченіе для нихъ. „Гдѣ дѣйствуетъ децентрализованная система",—но, можетъ быть, тамъ какъ разъ она дѣйствуетъ (съ точки зрѣнія идеала) отвратительно, и надо (и въ наличности полная къ тому возможность) ее измѣнить. „Поскольку она дѣйствуетъ",—а если она дѣйствуетъ какъ разъ (съ точки зрѣнія идеала) недостаточно? Политикѣ вѣдь какъ разъ и приписываетъ проф. Петражицкій функцію критики дѣйствующаго права. Неужели же она должна въ своей критикѣ быть имъ ограничена. Неужели она можетъ критиковать одну норму, а не другую? Что это будетъ за критика, и что это будетъ за политика права?

Можетъ быть, возразятъ, что гражданской политикѣ предоставлено критиковать право въ предѣлахъ децентрализованной системы,—а критиковать эту систему надлежитъ болѣе общей наукѣ. Но тогда мы вернемся къ прежнему возраженію: отослать преюдиціальный вопросъ въ болѣе общую науку значитъ предрѣшить его, не разсматривая. Но помимо этого слѣдуетъ замѣтить, что ограниченіе децентрализованной системой вовсе не есть формальное ограниченіе: „не критикуйте молъ общихъ основъ". На самомъ дѣлѣ вѣдь (какъ это отмѣчаетъ проф. Петражицкій) реальна только масса нормъ; принципы (децентрализаціи) только абстракція изъ нихъ. Поэтому рѣчь можетъ идти вовсе не объ измѣненіи принципа пускай намъ приходится оставаться въ предѣлахъ конкретности: не замѣнить ли данную норму (изъ которой абстрагируется „децентрали-

зованный“ принципъ) другой конкретной, частной нормой (подъ такой принципъ не подходящей). И вотъ въ эту частную, конкретную оцѣнку вторгается apriori проф. Петражицкаго и запрещаетъ намъ ее производить: это молъ выходитъ за предѣлы децентрализованной системы, а мы находимся въ гражданской политикѣ и слѣдовательно не должны эту систему нарушать.

Отсюда мы должны сдѣлать слѣдующіе выводы:

1) Положенія проф. Петражицкаго ограничиваютъ и тѣмъ искажаютъ политикоправное изслѣдованіе, ставя ему заранѣе произвольныя рамки.

2) Вмѣстѣ съ тѣмъ становится совершенно невозможнымъ изслѣдованіе, политикоправное, многихъ вопросовъ. Дѣло въ томъ, что въ обществѣ рядомъ сосуществуютъ оба способа распредѣленія, централизованный и децентрализованный. Поэтому должна неизбѣжно возникнуть промежуточная область отношеній, область отношеній смѣшанныхъ; какимъ же образомъ—въ какой наукѣ—ихъ политикоправно изучать? И гдѣ изучать и опредѣлить необходимость перехода даннаго отношенія изъ централизованной регулировки въ децентрализованную или обратно? Гражданская политика—этимъ заниматься не будетъ. Политика централизованной системы находится въ аналогичномъ положеніи. Неужели же этимъ заниматься „болѣе общей наукѣ“? Но вѣдь отношеніе—то совершенно такое же конкретное, какъ и любое изучаемое гражданской политикой?

И вотъ—съ точки зрѣнія идеи политики права—намъ хочется сказать: Богъ съ ней, съ такой „систематической точкой зрѣнія“ на „гражданскую политику“; намъ важно регулировать сообразно нашимъ цѣлямъ реальную, конкретную жизнь,—данное отношеніе; а съ какой точки зрѣнія это будетъ сдѣлано,—съ точки ли зрѣнія централизованной или децентрализованной системы—это какъ разъ и обнаружится, когда искомая регулировка будетъ найдена, а не до того. Если опредѣлять согласно идеалу жизнь, то не въ рамкахъ предвзятой системы; сама то система должна быть послѣд-

ствіемъ регулировки, абстракціей изъ нея, а не ея предпосылкой.

Мы подошли здѣсь къ коренному систематическому вопросу, разрѣшеніе котораго пр. Петражицкимъ представляется намъ совершенно ошибочнымъ.

Въ самомъ дѣлѣ, представляя себѣ политику права систематической наукой, соотвѣтствующей теоріи (какъ деонтологія-онтологіи), онъ предполагаетъ, что общій вопросъ: „соотвѣтствуетъ-ли идеалу децентрализованная (или централизованная) система"—подлежитъ вѣдѣнію общей науки, а частная (гражданская политика) изслѣдуетъ—„какія нормы хороши въ децентрализованной (или централизованной) системѣ". Такъ—теорія сперва изучаетъ общія свойства строя, а потомъ его частности.

Между тѣмъ дѣло обстоитъ совершенно не такъ. Какъ „централизованная", такъ и „децентрализованная система", и ихъ „принципы"—суть только абстракціи изъ конкретныхъ нормъ. Политикоправное изслѣдованіе можетъ быть направлено не на эти абстракціи, а на то, изъ чего онѣ выводятся. Право регулируетъ конкретную, индивидуализированную жизнь; идеалъ, цѣли,—касаются этой жизни, отношеній и дѣятельности людей; политика права занята отысканіемъ наилучшей регулировки этихъ отношеній. Принципы-же правового строя, системы его—только абстракціи, теоретически весьма цѣнныя и важныя, но все же только абстракціи. Когда политика установила искомую регулировку, то теорія можетъ извлечь изъ нея ея принципы, сказать, что она централизованная, децентрализованная или смѣшанная. Предварительно и независимо отъ конкретныхъ нормъ оцѣнивать централизацію или децентрализацію—какъ общія понятія—въ политикоправномъ отношеніи либо и вообще не представляетъ интереса, либо представляетъ таковой, только какъ вспомогательное изслѣдованіе, долженствующее дать предварительные матеріалы для оцѣнки и изученія конкретнаго строя путемъ конкретизаціи этихъ понятій. Слѣдовательно до такой конкретизаціи, у насъ не можетъ получиться никакихъ выводовъ. Неправильно думать, что можно раньше рѣшить общимъ

образомъ: осуществленіе идеала требуетъ децентрализованной системы; а уже потомъ—какой, именно.

1) Эти абстракціи такъ далеки отъ жизни, такъ усложняются и дифференцируются при приближеніи къ ней, что нашъ абстрактный выводъ о цѣнности принциповъ децентрализаціи отнюдь не можетъ быть перенесенъ на конкретную децентрализованную систему. Легко можетъ быть такъ, что принципы децентрализованной системы лучше принциповъ централизованной (или обратно); но возможная при данныхъ условіяхъ конкретизація первой настолько ее портитъ, а возможная конкретизація второй настолько ее улучшаетъ, что конкретизованная вторая лучше конкретизованной первой.

2) Еще хуже дѣло обстоитъ въ томъ случаѣ (презумптивно наиболѣе вѣроятномъ), если системы принциповъ, имѣя свои хорошія и дурныя стороны и вообще несоизмѣримы, не даютъ основанія для безаппелляціоннаго предпочтенія, и приводятъ къ необходимости совмѣщенія ихъ въ разныхъ пропорціяхъ—сообразно смыслу и значенію конкретныхъ отношеній.

3) Вообще „централизованная" и „децентрализованная система",—это только названія разныхъ совокупностей „принциповъ" (ср. перечисленные выше пр. Петражицкимъ). Но входящіе въ составъ такихъ совокупностей принципы не связаны одинъ съ другимъ аналитически,—могутъ быть и разныя ихъ комбинаціи.

Какъ же намъ быть съ каждой изъ таковой? Пришлось бы отдѣльно и преюдиціально изучить значеніе каждаго принципа. Но его значеніе мѣняется въ зависимости отъ того, съ какими другими онъ соединенъ; а значеніе такой совокупности мѣняется въ зависимости отъ того, въ какой конкретизаціи, съ какими оговорками и ограниченіями она проявляется.

Такимъ образомъ значеніе „общей" науки политики (отдѣленной отъ частной)—уничтожается; вниманіе въ политикѣ должно быть обращено на реальную конкретность (тѣ или иныя отношенія), и къ нимъ должна нисходить дедукція-ли, индукція-ли,—вообще политикоправное изученіе [1]. Правда,

---

[1]) Ср. объ индивидуальномъ характерѣ изученія въ политикѣ права ниже, гл. IV, § XIII.

можно указать, что отношенія, подлежащія регулировкѣ, уже существуютъ и воспринимаются, какъ регулируемыя; и въ этомъ-то смыслѣ и можно говорить о преюдиціальности „децентрализованной" системы: мы будемъ—молъ изучать политикоправно отношенія, нынѣ регулируемыя децентрализованнымъ порядкомъ. Но при такой постановкѣ—намъ никто не можетъ препятствовать измѣнить регулировку на ту, которую намъ подскажетъ „политика права", будетъ-ли она децентрализованной или централизованной—безразлично.

Такимъ образомъ—ученіе о гражданской политикѣ, кажется намъ, стоитъ въ рѣзкомъ противорѣчіи съ идеей политики права. Противорѣчіе это объясняется предположеніемъ единства и систематичности политики права, аналогичныхъ единству и систематичности теоретическихъ наукъ.

Наоборотъ, если предположить, что политика права не есть единая наука, а просто—разрѣшеніе разныхъ отдѣльныхъ задачъ, систематически не связанныхъ, и изучающихъ вопросъ, какія средства способны осуществить ту или иную цѣль при тѣхъ или иныхъ обстоятельствахъ, то и гражданская политика, какъ нѣкоторая (неопредѣленная) совокупность задачъ, сохраняетъ свой raison d'être. Именно подъ гражданской политикой можно тогда подразумѣвать такія политикоправныя изслѣдованія, которыя ограничиваютъ возможныя средства для поставленныхъ цѣлей условіями децентрализованной системы.

Тѣхъ же цѣлей—можно добиваться и не при такихъ условіяхъ; преслѣдованіе ихъ при такихъ ограниченіяхъ вполнѣ произвольно; и быть можетъ, многое обезцѣниваетъ. Но во всякомъ случаѣ такія задачи всегда могутъ быть поставлены, хотя онѣ и не составятъ систематической науки.

Глава II.

О методологіи политики права.

V.

Обратимся теперь къ разсмотрѣнію того, насколько *методъ* политики права можетъ дифференцировать ее отъ теоріи права (см. конецъ § 3 стр. 36).

Методъ политики пр. Петражицкій разсматриваетъ двояко: съ одной стороны, какимъ онъ былъ бы, если бы наука была уже готова [1]); съ другой стороны—какимъ онъ является при неполнотѣ, незаконченности науки [2]). Первый методъ—это дедукція; типъ его—силлогизмъ, причемъ „конечно обыкновенно такое разсужденіе будетъ состоять не изъ трехъ предложеній, а изъ длиннаго ряда ихъ, т. е. изъ длинной цѣпи или даже цѣлой системы параллельныхъ рядовъ силлогизмовъ“ [3]).—Другой методъ та же дедукція, провѣренная индукціей [4]). Но и здѣсь дедукціи предоставляется рѣшающая роль [5]).

Уже изъ этого бѣглаго изложенія ясно, что методомъ своимъ политика права отнюдь не отличается отъ теоретическихъ наукъ, такъ какъ указанные методы общи другимъ абстрактнымъ теоретическимъ дисциплинамъ, не будучи въ столь общей, расплывчатой формулировкѣ характерными ни для одной [6]).

---

[1]) К. Ун. Изв., XXVIII: „Если предположить, что упомянутые выше двѣ области изучены съ идеальной достовѣрностью и полнотой, то не трудно опредѣлить, въ чемъ долженъ состоять методъ успѣшнаго рѣшенія вопросовъ политики права...

[2]) Пр. Петражицкій указываетъ, что въ дѣйствительности такая „научная доброкачественность не достигнута“ и даже „весьма сомнительно, достижимо-ли для ума человѣческаго вообще такое идеальное ихъ познаніе“... (стр. XXX) Благодаря этому „необходимо создать и развить соотвѣтствующую методологическую теорію — вторую часть правнополитической методологіи“... (XXXIII—XXXIV).

[3]) К. Ун. Изв. стр. XXVIII; также XXIX, XXX, LVIII. Въ L. v. E. II, 581, №: „Das ideal wäre, aus wenigen civilpolitischen Grundbegriffen und Grundideen den Ganzen Bau dialektisch zu konstruiren“.

[4]) К. Ун. Изв., стр. XXXIV, LVIII, LXXVIII. Во „Введеніе въ изуч. права и нравст.“ рѣчь идетъ уже только объ этомъ (стр. IX).

[5]) D. L. v. E. II, 581: „Die civilpolitische Methode beruht, wie aus den obigen Darstellungen ersichtlich, wesentlich auf der Deduktion“; 623: „Darum bildet die Deduktion die eigentliche und unersetzliche Grundlage der Civilpolitik, darum kann man die wesentlichste Bedeutung von civilpolitischen Maximen nur deduktiv erkennen“. Это положеніе въ дословномъ переводѣ цитируется и въ К. Ун. Изв., стр. LXXIX. На стр. LXXVIII читаемъ: „Но какъ бы ни были богаты по количеству и качеству эмпирическіе матеріалы, какъ основаніе для гражданско-политической индукціи, все таки главною опорою и главнымъ орудіемъ гражданской политики будетъ дедукція“.

[6]) Ср. J. S. Mill, A. System of Logic, b. III, ch. XI, Of the deductive Method

Но присмотримся ближе къ этимъ методамъ—и мы вскроемъ въ нихъ не только отсутствіе отличительнаго для политики признака, но и наличность существенныхъ недоразумѣній.

Въ чемъ заключается дедукція. „Allgemeine Prämissen dazu (der Deduktion) werden der... Individual und Massepsychologie entnommen“ [1]). Однако, изъ данныхъ психологіи — кромѣ данныхъ же психологіи едва-ли можно что либо извлечь; очевидно, такая дедукція можетъ имѣть значеніе лишь подготовительное—для полученія нужныхъ психологическихъ же выводовъ; или же эти „allgemeine Prämissen“ могутъ имѣть значеніе меньшихъ посылокъ, но не исходныхъ. Не дедукціей изъ психологическихъ посылокъ можетъ быть построенъ политико-правный выводъ. Иначе уже дедукція описывается въ слѣдующемъ мѣстѣ: „Natürlich wird man bei civilpolitischen Deduktionen meist als Prämissen die schon gewonnenen nationalökonomisch—theoretischen und politischen, namentlich die feststehenden civilpolitischen Sätze als Prämissen benutzen können“... [2]) Здѣсь уже дедукція производится изъ политическихъ-же посылокъ. Въ другомъ мѣстѣ настоящей работы (гл. IV, § 14 мы постараемся показать, что такое предположеніе неправильно; но уже здѣсь ясно, что такая дедукція не можетъ играть приписанной ей пр. Петражицкимъ рѣшающей роли. Во 1) она предполагаетъ установленными уже политико-правные (повидимому, болѣе основные) выводы,—какимъ же методомъ мы къ нимъ пришли? Во 2) она предполагаетъ уже готовую систему политики, или приближеніе къ ней [3]); а въ какой же формѣ дедукцій полученіе политикоправныхъ выводовъ будетъ происходить до готовой системы,—вѣдь дедукція всегда [4]) признается пр. Петражицкимъ основнымъ и рѣшающимъ методомъ.

и b. VI, ch. IX, Of the physical, or concrete deductive method. Конечно, Милль не приписываетъ дедукціи того же значенія, какъ пр. П., но насъ интересуетъ только сочетаніе дедукціи съ индукціей, какъ ея провѣркой.

[1]) D. L. v. E., II, s. 581.

[2]) D. L. v. E. II, s. 581, N.

[3]) Ib.: „Mit dem Fortschrift der civilpolitik wird diese Möglichkeit (дедукція изъ политико-правныхъ поссылокъ) immer häufiger vorkommen“.

[4]) Ср. К. Ун. Изв., XXX — XXXI, гдѣ указывается возможность дедукціи уже сейчасъ.

Обратимся къ К. Ун. Изв. Говоря опять таки объ идеальномъ состоянiи науки пр. Петражицкiй указываетъ (стр. XXVIII): „На основанiи знанiя существа и окончательнаго идеала права, съ одной стороны, психической и этической природы человѣка и общества, съ другой стороны, придется путемъ соотвѣтственныхъ силлогизмовъ опредѣлить болѣе близкiя и ближайшiя задачи политики права и такимъ образомъ приблизиться къ тому послѣднему силлогизму, который долженъ дать отвѣтъ на предложенный законодательный вопросъ". Наличность неидеальнаго состоянiя видоизмѣняетъ методъ, но не въ смыслѣ измѣненiя дедукцiи, а въ смыслѣ пополненiя ея индукцiей; слѣд. и здѣсь она остается такою же. А вѣдь согласно только что изложенному она относится *вовсе не къ политикѣ*, а къ построенiю цѣли. Вовсе указанная пр. Петражицкимъ дедукцiя не отыскиваетъ средства къ цѣли, а выводитъ изъ конечной—ближайшую цѣль. Политикѣ посвященъ только послѣднiй силлогизмъ,—вся дедукцiя касается построенiя цѣлей.

И въ этой области—не слѣдуетъ обольщаться, думая, что одной дедукцiи, какъ ее изложилъ пр. Петражицкiй, достаточно. Думая такъ, мы бы совершили весьма обычную ошибку—необращенiя вниманiя на то, откуда появляются меньшiя поссылки, нужныя намъ для послѣдовательнаго полученiя выводовъ. Ихъ можно устанавливать безъ яснаго отчета, произвольно; — въ этотъ произволъ и невыясненность вкрапливаются результаты безсознательной методологической работы. Но въ томъ-то вѣдь и состоитъ наука, чтобы сознательно ее производить, и въ томъ-то и состоитъ методологiя, чтобы отдавать себѣ въ этомъ отчетъ. Во всякомъ случаѣ указанный методъ относится къ методамъ построенiя цѣлей (деонтологiи цѣлей), не средствъ къ нимъ—не политики.

Обратимся къ индукцiи, какъ къ методу политики права.

Одинъ изъ видовъ индуктивной провѣрки—по мнѣнiю пр. Петражицкаго—заключается въ пользованiи матерiаломъ, сохраненнымъ въ римскомъ правѣ, для сравненiя съ выводами, полученными дедуктивно политикой права (D. L. v. E., II,

584 и др.). Такое пользованіе основано на теоріи безсознательнаго массоваго опыта, приводящаго къ кристаллизаціи полезныхъ для общества положеній (ib, 582 и др.) [1]. Но, очевидно, что примѣняемый здѣсь методъ не есть методъ (хотя бы и второстепенный) политикоправный—отысканія средствъ для цѣли. „Политикоправнымъ" можно счесть только пріемъ полученія соотвѣтствующихъ положеній,—т. е. самый массовый, безсознательный опытъ, а не свѣрку съ его результатомъ—результатовъ, полученныхъ дедуктивнымъ путемъ. Слѣд. индукція въ этомъ видѣ тоже не есть методъ политикоправный.

Но пр. Петражицкимъ указанъ еще одинъ видъ индукціи: собираніе фактовъ, являющихся послѣдствіемъ примѣненія опредѣленной нормы (К. Ун. Из. LXXVIII). Пускай мы дедуктивно опредѣлили необходимость такой-то нормы,—необходимо тщательное изслѣдованіе послѣдствій ея примѣненія для провѣрки ея годности. Однако, оставивъ въ сторонѣ всѣ трудности изолированія искомой нормы, учета ея послѣдствій, какъ таковой, внѣ всего сложнаго контекста цѣльной дѣйствительности,—и независимо отъ этого ясно, что, даже въ наиболѣе совершенномъ видѣ, индукція будетъ методомъ *теоріи* права, а не политики. Вѣдь она всегда только опредѣлитъ послѣдствія данныхъ нормъ, она только послужитъ изученію ихъ дѣйствія, т. е. чисто теоретической задачѣ, а отнюдь не политической—отысканію нужной для цѣли нормы. Мы не отрицаемъ, что такое теоретическое изслѣдованіе послужитъ для провѣрки политикоправныхъ выводовъ, точно также какъ для такой повѣрки можетъ послужить даже и не теоретическое изслѣдованіе, а реальный процессъ безсознательной массовой созидательной работы. Какъ результаты теоретической работы, такъ и результаты реальнаго историческаго

[1]) Однако, невольно возбуждается такой вопросъ: если безсознательный массовый опытъ приводитъ къ созданію положеній, аналогичныхъ получаемымъ политикой права; если политика права создаетъ свои выводы, преслѣдуя цѣль приближенія къ идеалу любви,—то вѣдь необходимо, чтобы и безсознательный массовый опытъ преслѣдовалъ идеалъ любви. А между тѣмъ этого не утверждаетъ пр. Петражицкій; да и трудно было бы защищать такое положеніе.

процесса могутъ быть свѣряемы съ выводами политикоправнаго изслѣдованія; но теоретическое изслѣдованіе отъ этого не перестанетъ быть таковымъ, — оно останется описаніемъ реальныхъ фактовъ, статистической и иной обработкой ихъ, установленіемъ ихъ причиной зависимости. Словомъ, мы здѣсь не хотимъ оспаривать провѣрочнаго значенія теоретическаго изслѣдованія, но хотимъ только установить, что оно теоретическое. И если дедукція—въ указанной выше формѣ есть методъ построенія цѣлей, то индукція есть методъ теоріи (дѣйствія правовыхъ нормъ).

Отсюда намъ неизбѣжно сдѣлать такое заключеніе. Если политика права, дѣйствительно, самостоятельная наука съ указанной компетенціей, то выставленные проф. Петражицкимъ методы не суть методы политики (а деонтологіи цѣлей и теоріи), а методовъ политики онъ не указалъ. Но если это и есть методы политики, то она не самостоятельная наука, а сочетаніе деонтологіи цѣлей съ теоріей. Правда, проф. Петражицкій эти области и включилъ въ содержаніе политики, но мы уже и указали, что тогда и рѣчи не можетъ быть о самостоятельной наукѣ.

Итакъ, въ указываемыхъ проф. Петражицкимъ методахъ мы черпаемъ новое доказательство того, что политика права не самостоятельная наука; мы указывали и на отсутствіе въ нихъ самостоятельности метода. Но къ этому мы можемъ прибавить, что онъ этой теоріей оставляетъ безъ вниманія ту задачу, которая реально предлежитъ политикѣ права, хотя бы она и не была самостоятельной наукой. Эта задача осуществляется у проф. Петражицкаго—однимъ силлогизмомъ [1]): къ большей посылкѣ цѣли прибавляется меньшая (теоретическая—о дѣйствіи предположенной нормы на психику и т. д.) для полученія политико-правнаго вывода. Вся остальная дедукція и индукція относятся къ построенію ближайшей цѣли, и къ установленію нужныхъ положеній психологіи. На самомъ дѣлѣ, этого конечно мало. Если въ чемъ и заключается политика, то, именно, въ *отысканіи* нужныхъ намъ для со-

[1]) Кіевск. Унив. Изв., XXVIII.

поставленія, для полученія вывода, поссылокъ. Пусть полученіе ихъ составляетъ задачу теоріи, пусть цѣль непосредственно дана (или выведена), но надо нужное намъ отыскать въ массѣ теоретическихъ положеній, сопоставить въ виду данной цѣли.

Намъ необходимо здѣсь ясно оговориться: мы отнюдь не утверждаемъ, чтобы это могло составить предметъ особой науки, мы только утверждаемъ, что здѣсь одной дедукціи, тѣмъ болѣе—одного силлогизма—мало.

Но противъ методологіи проф. Петражицкаго можно сдѣлать и еще одно возраженіе, пожалуй, даже еще болѣе коренное, чѣмъ всѣ предшествующія, а именно, что онъ въ ней отвѣчаетъ не на поставленный вопросъ; онъ излагаетъ—кажется намъ—не тѣ методы, которые излагать приходится.

Дѣло въ томъ, что подъ „методомъ" въ разныхъ случаяхъ понимается весьма различное. Мы не можемъ здѣсь вдаваться въ анализъ этого понятія; достаточно сказать, что можно дѣлить методы на два вида—простые и сложные. Подъ понятіе простого метода подойдутъ неразложимые дальше пріемы мысли; неразложимые въ томъ смыслѣ, что при дальнѣйшемъ разложеніи они теряютъ характеръ метода, превращаясь въ его части, поссылки и т. п. Таковъ силлогизмъ, вообще такъ называемые—дедуктивные, индуктивные пріемы.

Сложный методъ состоитъ самъ изъ сочетанія простыхъ. Конечно, интересно и важно для опредѣленія его состава, для его установленія, вообще для его теоріи знать, изъ какихъ простыхъ онъ состоитъ. Но для его пониманія, какъ метода, для оперированія съ нимъ—это вовсе не интересно. Одни и тѣ же простые методы могутъ входить въ составъ различныхъ сложныхъ,—отъ того эти послѣдніе не станутъ тождественными. Сочетаніе (различное) тѣхъ же индуктивныхъ и дедуктивныхъ пріемовъ мысли создаетъ совершенно различные методы. Мало того, даже не имѣетъ рѣшающаго значенія фиксація сочетанія простыхъ методовъ въ сложный. Не слѣдуетъ думать, что для опредѣленія сложнаго метода

достаточно перечислить: сперва-де надо примѣнить силлогизмъ тако-то фигуры, потомъ такой-то канонъ индукціи, потомъ снова силлогизмъ и т. д. Сложные методы могутъ вовсе не закрѣплять тѣхъ простыхъ, которые входятъ въ ихъ составъ, въ незыблемую схему; мало того, въ зависимости отъ обстоятельствъ, въ зависимости отъ свойствъ матеріала, простые методы могутъ въ разныхъ примѣненіяхъ одного и того же сложнаго сочетаться различнымъ образомъ. Сложный методъ опредѣляется, словомъ,—не совокупностью простыхъ (примѣненіе которыхъ опредѣляется, наоборотъ, сложнымъ), а собственной схемой, обоснованной общими соотношеніями того объекта, къ которому прилагается. Простые методы соотвѣтствуютъ болѣе общимъ свойствамъ объекта мысли, какъ таковаго; или—какъ выражаются—они основаны на свойствахъ самой мысли; соотвѣтственно опредѣляется и сфера ихъ приложенія—объектъ всякой мысли. Сложные методы предполагаютъ менѣе общія особенности (бо̀льшую степень конкретности), свойственныя только одной области, болѣе ограниченной сферѣ объекта, и только къ ней соотвѣтственно и примѣнимы. Часто бываетъ, что соотвѣтствующія особенности, соотношенія открываются и въ другихъ областяхъ; тогда на нихъ переносится и методъ (случаи перехода метода изъ одной науки въ другую весьма часты). Иногда такое предположеніе общности свойствъ оказывается ошибочнымъ, преждевременнымъ—возникаетъ протестъ противъ перенесенія метода въ чуждую ему науку. Иногда съ болѣе основательнымъ изученіемъ области примѣненія метода—оказывается, что свойства, которыя имъ предполагаются, приписывались ей ошибочно. Тогда отбрасывается и самый методъ, какъ неправильный, устарѣлый и т. п.

Итакъ, когда идетъ рѣчь о методѣ политики права, намъ кажется, что этотъ вопросъ можетъ быть поставленъ только въ смыслѣ опредѣленія сложнаго метода ея (имѣется ли таковой, или—таковые, и каковъ онъ), а не простыхъ. Что и простые методы мысли примѣняются, какіе вообще возможны и правильны въ научномъ мышленіи—это само собой подразумѣвается. Пожалуй, можетъ быть поставленъ вопросъ,

не исключается ли тотъ или иной—свойствами объекта данной науки. Но и это не имѣетъ рѣшающаго интереса: нѣтъ ему мѣста—и не случится примѣнять его. Это, во всякомъ случаѣ, вопросъ общей методологіи, общей теоріи даннаго метода, которую остается примѣнить и въ данной наукѣ безъ видоизмѣненія или приспособленія къ ней. Когда же поставленъ вопросъ о методологіи данной, вновь создаваемой, отличной отъ предшествующихъ, науки, такъ не то собственно интересно, что въ ней—по мѣрѣ возможности и по принципамъ общей методологіи—будутъ примѣняться всѣ общеобязательныя простые методы,—а то особенно важно и цѣнно, какіе сложные методы будутъ примѣняться изъ извѣстныхъ, или какіе новые приходится установить. Вотъ почему „дедукція“ и „индукція“ кажутся намъ неотвѣчающими самой сути вопроса. Конечно, и силлогизмъ и индуктивные каноны будутъ примѣняться, но—кромѣ собственнаго, элементарнаго примѣненія—въ какой типичной для политики права комбинаціи сложнаго метода? И на этотъ вопросъ—мы тщетно будемъ искать у проф. Петражицкаго отвѣта.

А для насъ этотъ вопросъ тѣмъ болѣе важенъ, что мы пришли въ предшествующемъ къ заключенію, что политика права во всякомъ случаѣ не можетъ быть особой наукой; она можетъ быть развѣ что научнымъ методомъ. Только особность научнаго метода можетъ выдѣлять эту дисциплину и придавать ей самостоятельность существованія. Есть ли у нея такой особый методъ?

Мы уже видѣли, что проф. Петражицкій намъ его explicite не далъ; остается—оставляя открытыми непредвидѣнныя возможности—попытаться найти его изъ тѣхъ общихъ предпоссылокъ, которыя даны намъ общимъ опредѣленіемъ нашей области. Разумѣется, что при крайней общности опредѣленія и самый методъ, хотя и не простой, а сложный, долженъ отличаться большой степенью общности.

Политика состоитъ въ изученіи того, какимъ должно быть право, какъ средство достиженія общественныхъ цѣлей. Задача въ политикѣ заключается, значитъ, въ прибираніи средствъ къ цѣли. Намъ всегда будетъ дана цѣль, и отъ нея намъ

прійдется исходить для отысканія средствъ, къ ней приводящихъ. Значитъ, схема типичнаго метода будетъ здѣсь: исхожденіе отъ цѣли къ средствамъ, отъ послѣдующаго къ предыдущему, отъ результата къ его условіямъ, и—обобщая, скажемъ—отъ выводовъ къ ихъ предпоссылкамъ. Вотъ, значитъ, специфическій методъ политики права, единственный, соотвѣтствующій тѣмъ общимъ соотношеніямъ этой дисциплины, которыя аналитически даны ея опредѣленіемъ. Назовемъ его регрессивнымъ. Итакъ, специфическій методъ политики—*регрессивный*.

Намъ остается перейти къ наиболѣе существенному моменту нашего методологическаго разсмотрѣнія, именно, къ выясненію того, представляетъ ли регрессивный методъ нѣчто отличное отъ методовъ теоретическихъ наукъ, является ли политика права—если и не особой отъ теоретическихъ дисциплиной, то—особымъ отъ теоретическихъ методовъ.

VI.

Представляетъ ли регрессивный методъ отличіе отъ общетеоретическихъ методовъ? Намъ кажется, что нѣтъ, и мы постараемся обосновать это по возможности кратко, дабы не выходить изъ тѣхъ предѣловъ, которые могутъ быть предоставлены въ настоящей неметодологической статьѣ методологическому разсужденію.

Итакъ, нашъ методъ состоитъ въ переходѣ отъ цѣли къ ея средствамъ. Но цѣль для средства есть его результатъ; средство для цѣли—условіе ея осуществленія. Значитъ, методъ состоитъ въ переходѣ отъ послѣдствія къ причинѣ или условіямъ. Замѣтимъ притомъ, что обѣ эти формулировки: отъ цѣли къ средствамъ и отъ послѣдствія къ причинѣ—тождественны. Вѣдь дѣло въ томъ, что цѣлью дѣлается послѣдствіе только возведеніемъ его въ цѣль, поставленіемъ его въ сознаніи искомымъ; слѣдовательно, объективно, въ ея отношеніи къ средству, цѣль, оттого что стало цѣлью, ничуть не отличается отъ послѣдствія; слѣдовательно, сочетанія

„средство—цѣль“, и „условіе—послѣдствіе“ въ данномъ отношеніи тождественны.

Это положеніе совершенно ясно, когда цѣль понимается въ субъективномъ смыслѣ, какъ полагаемая человѣческимъ сознаніемъ,—объективно она тогда только послѣдствіе. Но такъ ли оно будетъ справедливо, если понимать цѣль объективно, объективно существующею, именно, въ качествѣ цѣли?

Прежде всего, отмѣтимъ, что при научномъ и позитивистическомъ отношеніи пр. Петражицкаго къ предмету его изслѣдованія у него трудно предположить такое объективное пониманіе цѣли, и слѣдовательно по отношенію къ нему падаетъ и указанный вопросъ.

Можетъ казаться, будто дѣло мѣняется, если придавать конечнымъ цѣлямъ общеобязательное значеніе, считая ихъ объективно данными, а не произвольно устанавливаемыми.

Но дѣло въ томъ, что здѣсь объективность противополагается не субъективности, а произволу. Ихъ объективная данность обозначаетъ только ихъ общеобязательность, только то, что наличность ихъ въ человѣческой душѣ, какъ субъективныхъ цѣлей, обоснована объективно, общеобязательно для всѣхъ, а не предоставлена произволу отдѣльныхъ лицъ. Это не значитъ, что, напр., цѣль „любовь“ объективно обосновываетъ въ дѣйствительномъ мірѣ свои предпосылки (ту или иную совокупность нормъ), а только значитъ, что наличность (или даже долженствованіе) цѣли „любовь“, какъ субъективной цѣли, въ человѣческихъ умахъ обусловлена объективно. А такъ какъ нашъ вопросъ касается отношенія цѣли къ средству, а не наличности или долженствованія самой цѣли, какъ содержанія сознанія,—то постулируемая проф. Петражицкимъ общеобязательность цѣлей не измѣняетъ еще ихъ субъективнаго (въ этомъ смыслѣ) характера.

У пр. Петражицкаго имѣется и въ другомъ направленіи моментъ объективности цѣли, именно, поскольку онъ предполагаетъ, что цѣль, къ которой стремится право въ своемъ развитіи, ему имманентна. Здѣсь цѣль осуществляется объективнымъ процессомъ. Однако, и здѣсь она еще не объек-

тивная цѣль. Проф. Петражицкій не думаетъ, чтобы эта цѣль обусловливала собой предшествующія стадіи права; наоборотъ, эта цѣль только—послѣдствіе развитія права, происходящаго по присущимъ ему законамъ; въ самихъ обстоятельствахъ, при которыхъ происходятъ правовыя явленія, въ игрѣ ихъ, вытекающей изъ ихъ свойствъ, заключаются условія, толкающія развитіе права въ опредѣленную сторону. Не потому они такъ совершаются, что должна быть достигнута такая то цѣль, а потому она достигается, что они такимъ образомъ происходятъ. А такъ какъ происходить такимъ образомъ они (по мнѣнію пр. Петражицкаго) должны уже въ силу самаго своего существа, то и достиженіе результата заложено въ самый процессъ, и, слѣдовательно, имманентно ему; въ этомъ смыслѣ это послѣдствіе (соотвѣтствующее нашимъ идеаламъ) имѣетъ объективное значеніе; возводя это объективное послѣдствіе въ цѣль, мы говоримъ объ объективности цѣли.

Итакъ, при примѣненіи разбираемаго метода, переходъ отъ цѣли къ средствамъ у пр. Петражицкаго (какъ и при всякомъ субъективномъ пониманіи цѣли) тождественъ съ переходомъ отъ послѣдствія къ причинѣ.

Но къ тому же выводу мы придемъ и при объективномъ пониманіи цѣли. Пускай цѣль существуетъ, какъ цѣль, объективно, и слѣдовательно, объективно обусловливаетъ средства своего осуществленія. Во всякомъ случаѣ, осуществленіе цѣли будетъ всегда послѣдствіемъ осуществленія средства, и слѣдовательно, средство всегда окажется условіемъ цѣли. Итакъ, даже если цѣль объективно обусловливаетъ свое средство, она въ осуществленіи является его послѣдствіемъ. Что цѣль обусловливаетъ свое средство, это именно и значитъ, что она обусловила наличность такого средства, послѣдствіемъ котораго она должна явиться.

Итакъ, во всякомъ случаѣ, даже при объективномъ пониманіи цѣли, методологія перехода отъ нея къ средству совпадаетъ съ методологіей перехода отъ послѣдствія къ условіямъ [1]).

---

[1]) Насъ здѣсь не интересуетъ вопросъ о томъ, существуютъ ли въ дѣйстви-

Въ этомъ отношеніи слѣдуетъ еще прибавить, что методологія разсматриваетъ это отношеніе именно, поскольку оно есть отношеніе „послѣдствіе—условіе“, а не „цѣль—средство“. Ибо то, что данное есть цѣль, важно только тѣмъ, что создаетъ запросъ на отысканіе средствъ. То, что данное есть цѣль, важно не методологически, а психологически. Это есть запросъ намъ заняться, примѣнять наши методы и т. д., но методы мы уже примѣняемъ къ данному, какъ къ объективному результату. Мы изучаемъ отношеніе цѣли—средства, потому что это цѣль; но мы изучаемъ ее, поскольку она производится средствомъ (въ этомъ и заключается отношеніе цѣль—средство), т. е. поскольку она есть послѣдствіе средства, какъ ея условій. Итакъ, регрессивный методъ состоитъ въ переходѣ отъ послѣдствій къ причинѣ.

Если бы его можно было противополагать теоретическимъ методамъ, то значитъ только въ томъ смыслѣ, что будто тѣ заключаются въ переходѣ отъ причины, условій къ послѣдствію.

тельности объективныя цѣли, и въ чемъ заключается объективное обусловливаніе цѣлью средства. Намъ достаточно, что въ чемъ бы оно ни заключалось, цѣль въ осуществленіи во всякомъ случаѣ явится послѣдствіемъ средства. Но разумѣется, если бы цѣль существовала объективно и объективно обусловливала свое средство, то былъ бы и процессъ такого обусловливанія, въ которомъ цѣль являлась бы (очевидно, въ какомъ то другомъ, не причинномъ и не временномъ отношеніи) условіемъ, а средство—послѣдствіемъ. Очевидно, была бы и методологія заключенія отъ цѣли къ средству въ этомъ уже смыслѣ—заключенія отъ обусловливающаго къ обусловливаемому, отъ условія къ послѣдствію. Но 1) это не исключало бы и того способа заключенія, о которомъ выше въ текстѣ идетъ рѣчь, а именно отъ цѣли къ средству, какъ отъ послѣдствія къ условію, а 2) это бы насъ здѣсь не интересовало, такъ какъ какъ разъ не относится къ затронутой нами здѣсь темѣ. Этотъ второй родъ обусловливанія былъ бы не регрессивнымъ методомъ (отъ послѣдующаго къ предыдущему), а однимъ изъ прогрессивныхъ (отъ предыдущаго къ послѣдующему); цѣль играла бы въ немъ роль предыдущаго (разумѣется не во временномъ, а въ телеологическомъ отношеніи), обосновывающаго, а не обосновываемаго; въ данномъ же мѣстѣ специфическимъ моментомъ является единственное объединяющее и субъективную, и объективную цѣль, и составляющее суть метода, о которомъ фактически идетъ рѣчь—переходъ отъ послѣдующаго къ предыдущему, отъ имѣющаго быть полученнымъ къ находящимся въ нашей власти условіямъ его.

Мы взяли генетическій моментъ разбираемой (условіе—послѣдствіе) связи. Сдѣлали мы это потому, что мы исходили изъ представленія цѣли, которая къ средству находится въ генетическомъ отношеніи.

Но отбросивъ, какъ мы на то имѣемъ право, моментъ цѣлеустановленія, мы увидимъ, что смыслъ метода заключается въ переходѣ отъ обусловливаемаго (генетически, причинно) къ обусловливающему (въ предполагаемую противоположность теоретическимъ методамъ). Но обусловливаніе можетъ быть и не только причиннымъ, и мы не видимъ основанія не распространять на всѣ случаи его того-же различія. Значитъ, вообще есть два типа методовъ: отъ обусловливающаго къ обусловливаемому и обратно [1]).

---

[1]) Одинъ изъ подвидовъ такихъ методовъ названъ Виндельбандомъ телеологическимъ (Präludien, Kritische oder genetische Methode). Онъ конструируетъ этотъ методъ такимъ образомъ. При предположеніи наличности общеобязательныхъ, нормальныхъ концепцій (истины, добра, красоты), телеологическій методъ заключается въ томъ, чтобы отыскивать необходимыя предпосылки этихъ нормальныхъ, общеобязательныхъ концепцій, которыя сами будутъ въ такомъ же смыслѣ общеобязательны и необходимы, какъ и тѣ концепціи, предпосылками которыхъ онѣ являются. Этотъ методъ, какъ методъ критическій, Виндельбандъ противополагаетъ генетическому, считая первый методомъ философіи, какъ второй—науки. При этомъ, какъ тотъ, такъ и другой, относятся къ области психологіи, и въ ней только и противополагаются,—телеологическій методъ разсматриваетъ аксіомы, нормы не какъ онѣ происходятъ, чѣмъ вызываются и пр., а поскольку онѣ необходимо предполагаются „нормальной", общеобязательной концепціей. Наоборотъ, генетическій разсматриваетъ ихъ съ точки зрѣнія ихъ происхожденія. Отсюда ясна уже неправильность такого противопоставленія: 1) Методы ограничиваются опредѣленной частичной сферой приложенія (слѣдовательно, не формальнымъ моментомъ. 2) Противопоставленіе происходитъ въ разныхъ плоскостяхъ: „генетическій" методъ разсматриваетъ не нормы, аксіомы и пр., а сознаніе нормъ, аксіомъ, какъ явленія; „телеологическій" примѣняется не къ сознанію нормъ, аксіомъ и пр., а къ содержанію этого сознанія, какъ логически обусловливающему другія содержанія. 3) Такое противоположеніе телеологическаго метода генетическому, и соотвѣтственное отнесеніе ихъ къ философіи и наукѣ, еще болѣе грѣшитъ въ другомъ отношеніи,—въ томъ же, какъ и при соотвѣтственномъ отнесеніи ихъ къ деонтологіи и онтологіи. Дѣло въ томъ, что въ методологически существенномъ моментѣ своемъ телеологическій методъ только регрессивенъ, и въ этомъ отношеніи не можетъ быть *противупоставляемъ* „генетическому", будучи въ этомъ отношеніи съ нимъ вполнѣ совмѣстимымъ. То же, что составляетъ особенность телеологическаго метода въ пониманіи Виндельбанда, и благодаря чему онъ признается обосновывающимъ философію, заключается не въ методологиче

Обусловливаніе можетъ быть не только реальнымъ, но и концептивнымъ, логическимъ. Есть ли и здѣсь то же соотношеніе методовъ? Разумѣется, есть. Это различіе между методомъ синтетическимъ и аналитическимъ (употребляемъ эти названія не въ ихъ новомъ смыслѣ, а въ старомъ, который сохраняется и распространяется еще и въ современныхъ школахъ въ названіи —синтетическая геометрія). Синтезъ, синтетическій методъ—въ этомъ смыслѣ—состоитъ въ переходѣ отъ аксіомъ и опредѣленій къ тѣмъ выводамъ, которые можно сдѣлать изъ нихъ, затѣмъ изъ нихъ и ихъ выводовъ къ дальнѣйшимъ и т. д.; вообще, въ переходѣ отъ данныхъ положеній къ выводамъ изъ нихъ. Наоборотъ, аналитическій методъ заключается въ постановкѣ того, что требуется доказать, искомаго вывода, затѣмъ въ анализѣ его: т. е. изученіи его предпосылокъ до тѣхъ поръ, пока мы не придемъ къ такимъ, которыя у насъ уже имѣются, которыя уже доказаны и т. д. Получивъ эти доказанныя предпосылки путемъ „анализа" искомаго, мы тѣмъ самымъ это искомое доказали, ибо онѣ—его предпосылки, т. е. оно изъ нихъ вытекаетъ. И здѣсь, значитъ, мы имѣемъ тоже противоположеніе двухъ путей—отъ предпосылокъ къ выводу и отъ вывода къ предпосылкамъ. Обобщая всѣ эти случаи (перехода концептивнаго, реальнаго и, какъ его частичность, причиннаго), мы можемъ сказать, что, вообще, существуютъ двѣ семьи методовъ: методы прогрессивные и регрессивные, переходящіе отъ предыдущаго (въ широкомъ смыслѣ слова) къ послѣдующему и отъ послѣдующаго къ предыдущему. Въ этихъ, единственно для насъ характерныхъ чертахъ, исчезаютъ ихъ подраздѣленія: интересовать насъ можетъ въ разбираемомъ отношеніи только моментъ регрессивности.

скомъ моментѣ, а въ объектѣ, къ которому онъ примѣняется (содержанія сознанія), въ цѣли примѣненія (обоснованіе) и въ предпосылкахъ, которыя имъ предполагаются (общеобязательныя концепціи и пр.),—и которыя только и придаютъ ему приписываемое значеніе. Слѣдовательно, не методъ создаетъ здѣсь философію, а философія—свой частичный методъ. И слѣдовательно не методъ обусловливаетъ самостоятельность философіи (отъ науки), а готовая конкретная система „философіи" противупоставляетъ свой методъ наукѣ.

И вотъ, значитъ, нашъ исходный вопросъ принимаетъ такую форму: въ какой мѣрѣ регрессивный методъ можно счесть нетеоретическимъ? Можно ли теоретическими считать только методы прогрессивные? Отвѣтъ можетъ быть данъ двояко. Съ одной стороны можно доказывать принципіально, что регрессивные методы теоретичны; съ другой—фактически, что они въ теоретическихъ изслѣдованіяхъ примѣняются. Только эти вопросы мы и будемъ разсматривать, оставляя въ сторонѣ къ нимъ непосредственно неотносящіеся, хотя бы по ходу разсужденій и навязывающіеся вопросы общей теоріи прогрессивныхъ и регрессивныхъ методовъ.

Итакъ, обратимся сперва къ принципіальному разсмотрѣнію вопроса. Что такое теоретическій методъ и въ чемъ его отличіе отъ нетеоретическаго, слѣдовательно, въ широкомъ смыслѣ слова, отъ практическаго метода? Едва ли это можно иначе опредѣлить, нежели такъ, что *теоретическій методъ вскрываетъ онтологическую связь посылокъ съ выводомъ, а практическій деантологическую*. Теоретическій методъ приводитъ къ выводу теоретическаго сужденія или теоретическаго момента въ сужденіи; практическій—къ практическому (нормативному) сужденію или практическому моменту въ сужденіи.

Есть ли въ этомъ отношеніи какая либо разница между прогрессивными или регрессивными методами? [1]). Повидимому, нѣтъ, ибо и здѣсь и тамъ одно и тоже является нашей задачей и результатомъ примѣненія нашихъ методовъ: установленіе зависимости, логической ли, реальной ли, и въ частности, причинной ли—безразлично. А то, съ какого конца мы смотримъ на эту зависимость, не можетъ повліять на теоретич-

---

[1]) A priori нѣтъ основаній отвергать возможность того, чтобы одинъ и тотъ же методъ (въ примѣненіи къ разнымъ поссылкамъ) могъ быть и теоретическимъ, и практическимъ, въ особенности, когда рѣчь идетъ не о сложныхъ методахъ, а о простыхъ. Поэтому, когда мы разсматриваемъ разницу между прогрессивными и регрессивными методами, намъ не столь интересно, посколько они *только* теоретическіе, какъ то, посколько оба *въ одинаковой мѣрѣ* теоретическіе.

ность нашей мысли, ея пріемовъ и продуктовъ. Говоримъ ли мы, что А обусловливаетъ такимъ то образомъ В, или что В обусловливаетъ А—теоретическій характеръ нашей работы ни на іоту не измѣнился. Можетъ быть, покажется, что это не такъ, ибо прогрессивный методъ всегда приводитъ къ опредѣленному, единому, необходимому выводу, между тѣмъ, какъ обратный открываетъ возможность разныхъ комбинацій обоснованія вывода, а слѣдовательно, даетъ рѣшеніе неопредѣленное, а иногда, повидимому, и ставитъ задачу невозможную. (Вспомнимъ для простоты примѣра сложеніе, умноженіе и др.—съ одной стороны, и вычитаніе, дѣленіе—съ другой). Но и здѣсь незачѣмъ доказывать, что это—только видимость, необоснованная въ свойствахъ метода, а создающаяся благодаря задачамъ, къ разрѣшенію которыхъ мы прилагаемъ наши методы. Незачѣмъ намъ это дѣлать, потому что даже если бы въ этомъ и заключалась коренная разница самихъ методовъ, она все же не обосновала бы исключенія регрессивныхъ методовъ изъ числа теоретическихъ: различіе осталось бы въ предѣлахъ теоріи, теоретическихъ сужденій (необходимыхъ — возможныхъ, аподиктическихъ, — альтернативныхъ и т. д.), но не сдѣлало бы ихъ нормативными.

Можетъ возникнуть вопросъ, какъ же получаются всетаки нормативныя сужденія при примѣненіи регрессивныхъ методовъ, напр., когда мы примѣняемъ ихъ къ нахожденію средствъ для цѣлей; вѣдь въ этомъ случаѣ результатомъ примѣненія метода будетъ нормативнымъ положеніемъ: то-то (средство) должно быть сдѣлано (для полученія цѣли)?

Дѣло—кажется намъ,—заключается въ томъ, что—какъ уже было указано—методы примѣняются не къ соотношенію „цѣль—средство“, а къ соотношенію „послѣдствіе—условія“. Моментъ же, дѣлающій послѣдствіе цѣлью, не аналитически входитъ въ „послѣдствіе“, а синтетически при соединяется къ нему субъективнымъ актомъ воли, цѣлеположеніемъ, выборомъ, санкціонированіемъ даннаго послѣдствія въ качествѣ цѣли. Именно, въ этомъ синтетическомъ моментѣ лежитъ исходная точка превращенія *теоретическаго констатированія* условія для даннаго послѣдствія *въ практическое де-*

кретированіе средства для данной цѣли. Словомъ, мы хотимъ сказать, что не регрессивный методъ создаетъ нормативный характеръ получающихся сужденій, а синтетически привходящій къ его выводамъ моментъ, связанный съ тѣмъ моментомъ, который синтетически же дѣлаетъ послѣдствіе—цѣлью. Это, именно, общая предпосылка, сопровождающая всякую мысль при изученіи средствъ: поскольку мы санкціонируемъ цѣль, мы должны санкціонировать и приводящее къ ней средство. Это сужденіе нормативное, и постоянное его приложеніе къ результатамъ работы надъ изученіемъ условій для данныхъ послѣдствій, переводитъ ихъ изъ сужденій теоретическихъ въ нормативныя, точно также, какъ нормативное сужденіе же дѣлаетъ изъ послѣдствія—цѣль. Словомъ, не регрессивный методъ создаетъ нормативныя сужденія, а сопровождающій его примѣненіе нормативный постулатъ [1]).

Обратимся теперь къ вопросу факта, покажемъ, что фактически регрессивные методы постоянно употребляются въ теоретическихъ дисциплинахъ.

---

[1]) Говоря, что моментъ, дѣлающій послѣдствіе цѣлью, не входитъ въ составъ перваго, а синтетически съ нимъ связанъ,—мы не думаемъ предрѣшать вопроса о томъ, только ли субъективны цѣли, или же существуетъ и объективный телеологическій процессъ. Дѣло въ томъ, что объективная телеологическая связь для насъ такая же теорія, передается такимъ же теоретическимъ сужденіемъ, какъ и причинная связь, это такой же, какъ и она,—теоретическій фактъ. Нормативный характеръ будетъ приданъ только тогда, когда это объективное послѣдствіе и объективную цѣль мы санкціонируемъ, какъ цѣль, т. е. поскольку мы привнесемъ къ ея констатаціи (которая останется теоретической—безразлично, будь то констатація объективнаго послѣдствія или объективной же цѣли) и санкцію (нормативнымъ сужденіемъ) ея, какъ цѣли (нашей).

Замѣтимъ, что примѣненіе указаннаго постулата слѣдуетъ назвать практическимъ методомъ, такъ какъ съ его помощью изъ теоретическихъ сужденій получаются практическія. Но только нельзя сказать, чтобы этимъ методомъ производилось политико-правное изслѣдованіе, ибо онъ прилагается къ уже полученнымъ, готовымъ результатамъ такового, онъ ихъ сопровождаетъ, а ничуть не содѣйствуетъ ихъ полученію или построенію. Поэтому, и въ этомъ „методѣ" нельзя видѣть „самобытности" политики, какъ науки. Постулатъ нуженъ, какъ предпоссылка примѣненія выводовъ политико-правнаго изслѣдованія къ жизни, *не для* ихъ полученія. Онъ нуженъ для эксплицированія политико-правнаго запроса, не для отвѣта на него (каковымъ является политико-правное изслѣдованіе),—подробнѣе объ этомъ см. гл. III, § IX.

Чтобы не заходить далеко относительно методовъ аналитическихъ, достаточно указать, что и въ синтетической геометріи весьма часты примѣненія аналитическаго метода. Всякій методъ, исходящій изъ гипотезы съ цѣлью ея обоснованія и доказательства, есть по существу методъ регрессивный,—между тѣмъ, это обычнѣйшій способъ мысли. (Если, вообще, во многихъ абстрактныхъ теоретическихъ наукахъ недостаточно часто, или недостаточно откровенно примѣняють аналитическіе методы, то это только ихъ недостатокъ, нѣкоторое объясненіе которому будетъ дано ниже). Что касается методовъ изученія реальной (не логической—каковы аналитическіе методы) зависимости, то они примѣняются чаще, чѣмъ это можетъ казаться, въ особенности при экспериментальныхъ изслѣдованіяхъ. Но мы не будемъ останавливаться на болѣе близкомъ разсмотрѣніи этого, чтобы сразу перейти къ наиболѣе существенному пункту.

Прогрессивный методъ исходитъ отъ предыдущаго къ послѣдующему, регрессивный—отъ послѣдующаго къ предыдущему. Отсюда намъ представляется, будто въ теоретическихъ конструкціяхъ преимущественно пользуются первымъ. И это такъ и есть—но для чего? Для обоснованія, для систематическаго конструированія, для доказательнаго развертыванія уже имѣющихся у насъ теоретическихъ истинъ. Для этой цѣли всего экономнѣе, послѣдовательнѣе и понятнѣе изложить сперва то, что (въ данномъ отношеніи) является первичнымъ, сдѣлать изъ него всѣ выводы, постепенно переходя къ послѣдующимъ, къ все болѣе удаленнымъ. Такой порядокъ всего яснѣе систематизируетъ всю массу добытаго матеріала; это наиболѣе простой путь *доказательной передачи* теоретическаго содержанія. Соотвѣтственно конструируются и методы,—это будутъ методы *обоснованія*, demonstrandi, доказательные методы. Мы выше видѣли, что и среди нихъ не мало и не рѣдко употребляются методы регрессивные; но признаемъ, что основная тенденція здѣсь направлена на преимущественное примѣненіе прогрессивныхъ методовъ.

Но все это составляетъ только одну сторону теоретической работы. А между тѣмъ есть и другая: не обоснованія

уже полученныхъ истинъ, не доказательной передачи ихъ, а ихъ *нахожденія*, inveniendi, примѣненія *эвристическихъ методовъ*. И вотъ здѣсь то—такую же преобладающую роль, какую въ первомъ играютъ прогрессивные методы,—играютъ методы регрессивные. Конечно, и здѣсь прогрессивными методами можно кое что найти новаго, а не только систематизировать уже найденное; но это сравнительно наименѣе существенные случаи. Вообще же нахожденіе, творческое отысканіе теоретическихъ истинъ происходитъ не путемъ шествованія отъ предыдущаго, а путемъ творческаго возсозданія послѣдующаго его преперцепціей, догадки о немъ, проблематическаго его конструированія, безсознательнаго синтеза, переноса по аналогіи, словомъ путемъ разнообразнѣйшаго созданія разнаго „послѣдующаго“ и дальнѣйшаго приведенія, сведенія его на „предыдущее“. Здѣсь теоретическая работа отъ своихъ исходныхъ данныхъ—творческаго ли синтеза, догадокъ и т. д.—совершается рѣшающимъ образомъ съ помощью методовъ регрессивныхъ.

Мы уже указывали, что не только съ ихъ помощью. Дѣленіе методовъ на прогрессивные и регрессивныя не совпадаетъ съ дѣленіемъ ихъ на доказательные и эвристическіе.

Не только прогрессивно можно иногда добираться до новыхъ теоретическихъ положеній, но еще—и это гораздо важнѣе—даже указанная выше регрессивная работа совершается путемъ чередованія тѣхъ и другихъ методовъ. Регрессивно обосновавъ данное положеніе сведеніемъ его на другія, изъ этихъ опять таки прогрессивно выводятъ новые и т. д. Вообще, каждый изъ этихъ двухъ видовъ методовъ является повѣрочнымъ по отношенію къ другому. Но какъ бы ихъ примѣненіе ни переплеталось фактически, во всякомъ случаѣ можно—кажется намъ—сказать, что въ такой же мѣрѣ, въ какой прогрессивные методы характерны ad demonstrandum (среди доказательныхъ) столь же характерны регрессивные ad inveniendum (для эвристическихъ). Обыкновенно логики ограничиваютъ свое вниманіе тѣми методами, которыми доказательно и систематически передаются другимъ уже добытыя теоретическія положенія. Но было бы самообманомъ

предполагать, что такимъ же образомъ эти теоретическія положенія *доказательно добываются.* Даже теоремы синтетической геометріи получались несомнѣнно не тѣмъ способомъ, которымъ они вставляются въ систему ихъ изложенія. По отношенію къ общей методологіи можно сказать, что напрасно она пренебрегаетъ изученіемъ и болѣе тщательнымъ построеніемъ пріемовъ inveniendi, ибо они необходимы и обильно примѣняются во всякой теоретической работѣ, хотя при изложеніи ея результатовъ и отступаютъ на задній планъ. По отношенію же къ нашей ближайшей темѣ достаточно сказать, что здѣсь—въ этой несомнѣнно теоретической области—просторъ для проявленія регрессивныхъ методовъ, такъ какъ здѣсь пріемы изложенія результатовъ теоретической работы весьма близки къ пріемамъ ихъ добыванія, цѣль эвристическая не отдѣляется отъ доказательной.

Итакъ, регрессивные методы примѣняются въ особенности при отысканіи, при доказательномъ добываніи теоретическихъ положеній, при обоснованіи догадокъ и построеній, при разрѣшеніи задачъ. Въ задачѣ—послѣдующее и дано какъ искомое, которое нужно свести на уже имѣющіяся предыдущія; поэтому разрѣшеніе задачъ типично для регрессивнаго метода. Потому то онъ и свойственъ научному отысканію теоретической истины, что оно совершается путемъ постоянной постановки разныхъ задачъ, разрѣшеніе которыхъ вводитъ ихъ во едино-обоснованную (уже прогрессивно) систему.

Отсюда ясно, что поскольку наша цѣль заключается только въ разрѣшеніи задачъ—намъ незачѣмъ добытое регрессивнымъ методомъ переводить на доказательство прогрессивнымъ. Поскольку же намъ нужна (и, конечно, возможна) едино-построенная система теоретическихъ положеній—мы всѣ эти задачи располагаемъ, какъ выводы изъ тѣхъ положеній, на которыя онѣ сведены,—прогрессивнымъ методомъ. Соотвѣтственно съ этимъ, тѣ положенія геометріи, которыя сохраняются въ ней, какъ задачи—обыкновенно доказываются аналитическимъ методомъ, хотя онѣ же могутъ быть введены въ серію теоремъ, послѣдовательно одна изъ другой выводимыхъ. Точно также и въ передачѣ, изложеніи политики права,

имѣющей дѣло постоянно съ разными задачами—долженъ господствовать регрессивный пріемъ постолько, посколько основная задача политики эвристическая, а слѣдовательно эвристическими же должны быть и ея методы. Изъ предшествующаго, однако, ясно, что по существу своему—это пріемъ совершенно теоретическій.

Итакъ, мы видимъ, что тотъ пріемъ, который является характернымъ для политики права, отнюдь не можетъ служить для ея противоположенія теоретическимъ дисциплинамъ, ибо 1) отличаясь нѣкоторыми особенностями, онъ, однако, и самъ пріемъ теоретическій, а 2) какъ таковой, примѣняется и въ другихъ дисциплинахъ (теоретическихъ).

Словомъ, если съ одной стороны политика права не можетъ быть сочтена самостоятельной дисциплиной,—то съ другой—методъ ея не представляетъ никакихъ принципіальныхъ отличій отъ методовъ другихъ теоретическихъ дисциплинъ, не можетъ быть противопоставленъ обще-теоретическимъ методамъ.

Но если методъ политики и не выдѣляетъ ея изъ теоретическихъ дисциплинъ въ другую категорію „практическихъ", то, можетъ быть, онъ всетаки достаточно своеобразенъ, чтобы *въ предѣлахъ* теоретическихъ дисциплинъ выдѣлить политику въ особую, хотя бы и теоретическую, „регрессивную" теорію наряду съ „прогрессивными".

На самомъ дѣлѣ и такого сколько нибудь принципіальнаго дѣленія провести нельзя. Съ одной стороны, какъ мы указывали, различіе можетъ быть установлено только относительно изложенія науки, не изученія, не относительно собственно научной функціи, дѣятельности. Методы научной работы одинаковы,—а это и лежитъ въ корнѣ вопроса, когда рѣчь идетъ о методахъ науки,—различіе можетъ заключаться только въ методахъ научнаго *изложенія*. Съ другой стороны, и относительно этихъ послѣднихъ отличіе не безусловное: и регрессивные, и прогрессивные методы допускаются и въ „теоріи" и въ „политикѣ". Точно такъ же какъ доказательные методы примѣняются въ „политикѣ", такъ эвристическіе—въ „теоріи". Только общая, основная тенденція всякой „теоріи"—

примѣнять при изложеніи доказательные методы; общая же, основная тенденція „политики"—ограничиться методами эвристическими. Это различіе въ дисциплинѣ; не въ научной работѣ, а въ изложеніи результатовъ; обусловлено оно цѣлью—но не цѣлью научной работы, а цѣлью изложенія, заключающейся не въ систематизаціи капитальнаго фонда нашихъ знаній, а въ разрѣшеніи отдѣльныхъ задачъ.

Но если мы отрицаемъ возможность произвести на такихъ основаніяхъ принципіальное раздѣленіе дисциплинъ, отнести ихъ въ разные виды или роды научныхъ дисциплинъ по признаку метода, то мы нисколько не хотимъ затушевать фактическаго различія въ ихъ методахъ изложенія. Наоборотъ, мы старались выяснить, въ чемъ это различіе заключается, чѣмъ оно обусловлено (цѣлью изложенія). Мы здѣсь еще хотимъ указать, какъ можно бы его эксплоатировать въ интересахъ методологіи. Въ самомъ дѣлѣ, методологи и логики чаще всего изучаютъ методы доказательныхъ изложеній теоріи [1]).

Въ частности для этого и больше объектовъ изслѣдованія, нежели для изученія того, какъ эти теоріи получаются (методовъ эвристическихъ), ибо для этой послѣдней цѣли приходится прибѣгать къ самонаблюденію, или къ сообщеніямъ о пріемахъ работы (немногочисленнымъ и скуднымъ), а не къ безконечному числу готовыхъ продуктовъ таковой, предлежащихъ изслѣдователю методовъ доказательныхъ. Точно также для изслѣдованія первыхъ нѣтъ тѣхъ путей апріорнаго изслѣдованія, которые открыты по отношенію ко вторымъ. (Конечно, и цѣли примѣненія методовъ различны, что дѣлаетъ ихъ взаимно восполняющими, а не замѣняющими другъ друга).

Такъ вотъ—громадное значеніе для построенія и изученія эвристическихъ методовъ—можетъ имѣть методологическое

---

[1]) Cp. J. S. Mill, A system of Logic, introduction. (У Bain, Logic, p. II, Appendix, ничтожная главка объ эвристическихъ пріемахъ). C. Sigwart, Logic, II, s. 5.

изученіе политики права (та́къ же какъ и другихъ аналогичныхъ дисциплинъ, о которыхъ см. ниже (гл. IV, § XV [1]).

Но только не забудемъ, что изученные на ней эвристическіе методы останутся методами теоріи, и не выдѣлятъ политики въ особый видъ дисциплинъ.

Глава III.

Что такое политика права.

VII.

Мы пришли къ концу нашей критической задачи. Мы старались разобрать выставленную пр. Петражицкимъ теорію, какъ въ ея общемъ видѣ (что такое политика), такъ и въ развѣтвленіяхъ, касающихся отдѣльныхъ частей ея; и пришли къ необходимости отвергнуть эту теорію во всѣхъ ея частяхъ. Намъ остается теперь разсмотрѣть принципіально въ его общей, формальной постановкѣ, независимо отъ тѣхъ конкретныхъ теорій, въ которыя облекъ его нашъ авторъ, вопросъ о томъ, есть ли политика-наука, отличная отъ теоріи? Выше, допуская это, мы видѣли, что будь даже политика таковой, она все же не то, чѣмъ ее считаетъ пр. Петражицкій (см. гл. I, § II). Дальнѣйшее болѣе обстоятельное разсмотрѣніе нѣкоторыхъ его взглядовъ попутно выяснило намъ, что политика—не самостоятельная наука, и что ея методъ—общетеоретическій. Но тамъ непосредственнымъ

---

[1]) Глубоко ошибается поэтому г. Кистяковскій (Проблемы идеализма, ст. Русская соціологическая школа и категорія возможности при рѣшеніи соціально-этическихъ проблемъ), столь презрительно относящійся къ публицистикѣ и къ примѣненію въ ней категоріи возможности. Намъ—наоборотъ—представляется серьезное и внимательное изученіе первой и второго не только весьма плодотворнымъ, но и несравненно болѣе интереснымъ нежели разведеніе общихъ мѣстъ. Достаточно безплодное общее мѣсто—мысль о томъ, что детерминизмъ предполагаетъ „необходимость" и не допускаетъ „возможности"; но ухитриться использовать это общее мѣсто для устраненія интересныхъ и серьезныхъ вопросовъ, вызывающихъ въ авторѣ преимущественно высокомѣрное презрѣніе, почти равное ихъ непониманію,—значитъ, осложнить безплодіе обширной работы—явной ея вредоносностью.

предметомъ нашего разсмотрѣнія были другія очередные вопросы,—эти же выводы получались попутно. Здѣсь же прямо и непосредственно поставимъ на очередь этотъ основной, принципіальный вопросъ: есть-ли политика права—самостоятельная наука, наука, отличная отъ теоретическихъ?

Для рѣшенія этого вопроса у насъ имѣется, очевидно, только одинъ путь—разсмотрѣть, что же такое изъ себя представляетъ политика права, разъ она—не то, что предполагалъ пр. Петражицкій?

Политика права изучаетъ право, какимъ оно должно быть, какъ средство искомыхъ (соціально-психологическихъ) цѣлей. Что же будетъ объектомъ такого изученія? Объектомъ его является право, но не просто, какъ таковое, а какъ средство осуществленія (общественныхъ) цѣлей. Положимъ, что цѣли намъ даны и ихъ изучать намъ уже не приходится. Право, какъ средство—это значитъ—право, оказывающее то или иное психологическое, соціальное и пр. воздѣйствіе; ибо въ томъ то и заключается содержаніе понятія „средство", что оказывая это воздѣйствіе, право является таковымъ. Значитъ, объектомъ политики является право, какъ оказывающее психологическое, соціальное и пр. воздѣйствіе. Но какъ разъ это и есть—объектъ теоріи права, точнѣе—*одной* изъ теоретическихъ дисциплинъ права. Мы должны оговориться, что говоримъ это *не противъ* пр. Петражицкаго, *а благодаря* ему. Дѣйствительно, до него и его психологической теоріи права далеко не въ надлежащей мѣрѣ принимались во вниманіе психологическій характеръ права, его воздѣйствіе (разнаго типа) на людей, общество и т. д. То, что пр. Петражицкій выдвинулъ это и аналогичные моменты и тѣмъ далъ основаніе новой вѣтви или, что-ли, новаго отдѣла психологической и соціальной теоріи права—его громадная заслуга. Но заслугу эту слѣдуетъ отнести на долю автора, такъ сказать — по другому счету, — не въ области политики, а въ области теоріи права и общества. Въ соотвѣтствующемъ отдѣлѣ ея—объектомъ нашего изученія будетъ изученіе права, какъ обусловливающаго опредѣленные психическіе, соціальные результаты, а слѣд.—что тоже самое,

только иначе выраженное,—какъ средство ихъ достиженія. Туда же слѣдуетъ отнести и всякія изслѣдованія права, какъ средства къ искомой цѣли, ибо всегда такое изслѣдованіе будетъ только теоретическимъ ислѣдованіемъ того, какіе правовые комплексы имѣютъ своимъ результатомъ то, что для насъ является искомою цѣлью. Итакъ, объектъ политики права совпадаетъ съ объектомъ одной изъ теоретическихъ дисциплинъ права.

Но, можетъ быть, здѣсь возможно то возраженіе, что теоретическая дисциплина изучаетъ право, какъ средство фактическое, а политика—право, какъ средство, долженствующее, и слѣд. отношеніе политики къ той теоретической дисциплинѣ и будетъ соотвѣтствовать отношенію нормы къ факту, разсужденія de lege ferenda къ разсужденію de lege lata, деонтологіи къ онтологіи?

Присмотримся же ближе, что въ политикѣ является долженствующимъ?

Несомнѣнно политика даетъ отвѣтъ на вопросъ, какимъ должно быть право; оно и отвѣчаетъ—„такимъ то"; и обосновываетъ почему: потому что такое то право ведетъ къ такимъ то послѣдствіямъ, т. е. потому что оно является средствомъ такой-то (искомой) цѣли. Такимъ образомъ средствомъ данное право является фактически, а *должно* то быть оно не-средствомъ, а осуществленнымъ, потому, именно, что фактически оно—средство для такой то цѣли. А слѣд. право какъ средство, изслѣдуется въ политикѣ, именно, теоретически, а не какъ нибудь иначе, и слѣд. въ этомъ отношеніи политика вся поглощается соотвѣтствующимъ отдѣломъ теоріи.

Но какъ всетаки быть съ моментомъ долженствованія, съ характеромъ de lege ferenda, который все же вѣдь носитъ политика?

Данное правоположеніе, опредѣленное теоретически (въ политикѣ), какъ необходимое средство для искомой цѣли, признается нами долженствующимъ быть осуществленнымъ (т. е. правомъ de lege ferenda), поскольку цѣль для насъ является искомой, требуемой. Значитъ, къ результату—тео-

ретическаго изслѣдованія о средствѣ для данной цѣли—прибавляется (или вѣрнѣе—подразумѣвается) такое стереотипное разсужденіе: должно осуществить данную цѣль, средствомъ ея осуществленія является данное средство (т. е. осуществляется она черезъ его осуществленіе), значитъ, должно, осуществить это средство. Первое предложеніе—дано намъ до „политикоправнаго“ изслѣдованія, это даже стимулъ для него; второе предложеніе есть результатъ политикоправнаго изслѣдованія. Сопоставленіе ихъ даетъ третье предложеніе, которое только и переводитъ теоретическое положеніе въ нормативное. Или другими словами разница между теоріей и политикой не въ существѣ ихъ работы, а въ исходной точкѣ. Теорія изучаетъ, какія послѣдствія даетъ право, или какое право даетъ такія то послѣдствія; политика изучаетъ тоже, но съ исходнымъ запросомъ сдѣлать такое право—должнымъ; слѣд. выводъ теоріи: такое то право имѣетъ такія то послѣдствія; выводъ политики въ силу предрѣшающаго ее запроса: такое то право должно быть (введено), такъ какъ оно имѣетъ такія то послѣдствія.

Объектъ изученія и тутъ и тамъ одинаковый: право въ его послѣдствіяхъ, или какъ предпоссылка опредѣленныхъ послѣдствій; выводы разные: въ теоріи выводъ ограничивается констатаціей, въ политикѣ—въ силу исходнаго запроса ея сдѣлать должнымъ то, что признано средствомъ—это констатація переходитъ благодаря вышеописанному разсужденію въ нормативное сужденіе.

Остановимся на минуту въ этомъ мѣстѣ разсужденія къ которому мы еще вернемся въ слѣдующей главѣ, чтобы уже отсюда сдѣлать надлежащіе выводы относительно того, особая-ли политика права наука?

Прежде всего—мы это видѣли—объектомъ (и методомъ) ея является объектъ (и методъ) теоріи, слѣд. она не отличная отъ теоріи науки. Но зато она не систематична—какъ теорія. Теорія разсматриваетъ право въ его послѣдствіяхъ (право, какъ предпосылку послѣдствій) и во всемъ его объемѣ (принципіально). Политика разсматриваетъ право только какъ предпосылку нѣкоторыхъ, нужныхъ ей послѣдствій. Слѣд.

политика—это не цѣлая теорія, а отрывочныя лоскутки теоріи, обусловленные данными цѣлями (запросами) политики.

Но по отношеніи къ политикѣ въ той ея постановкѣ, въ какой мы заимствовали ее у проф. Петражицкаго—обвиненіе въ не систематичности не является исчерпывающимъ. Въ силу своего основнаго запроса она теоретическіе выводы переводитъ въ нормативныя сужденія постоянно подразумѣваемымъ разсужденіемъ. Слѣд. она изучаетъ объектъ съ цѣлью сдѣлать помощью этого разсужденія нормативный выводъ. И вотъ эти выводы ея совершенно не общезначимы, какъ о томъ подробнѣе было изложено уже выше. И это вполнѣ естественно: теорія изучаетъ связь права съ его послѣдствіями (безразлично—право ли въ его послѣдствіяхъ, или какъ ихъ предпосылку) и только эту связь и фиксируетъ. Политика же фиксируетъ, повидимому, не эту связь, а право *въ силу* этой связи; не то, что данное право есть средство для такого то послѣдствія, а то, что данное право есть (нужное намъ) средство. Первое положеніе (теоретическое) общеобязательно, второе (нормативное) необщеобязательно, ибо не можетъ быть общеобязательной цѣль. И какъ разъ въ этомъ то и различіе между теоріей и политикой, какъ о ней идетъ рѣчь: онѣ изучаютъ одно и то же и однимъ и тѣмъ же образомъ; но теорія этимъ и ограничивается, а политика это дѣлаетъ съ опредѣленной цѣлью—фиксировать полученный результатъ, какъ нужное намъ средство; и именно разсужденіе, приходящее къ теоріи, чтобы сдѣлать ее политикой, и дѣлаетъ получаемые выводы произвольными и необщеобязательными.

Итакъ, политика имѣетъ тотъ же объектъ изслѣдованія, что и теорія; только изучаетъ его несистематически, и съ опредѣленной цѣлью переведенія получаемыхъ положеній въ нормативные, въ каковомъ видѣ они являются уже не общеобязательными. Положимъ, теперь, что цѣли намъ еще не даны и что и ихъ приходится изучать политикѣ,—это будетъ означать, что къ лоскуткамъ теоріи права прибавятся лоскутки деонтологіи цѣлей права, деонтологіи общественности.

Далѣе,—мы видѣли, что на наибольшемъ своемъ протяженіи политика совпадаетъ съ теоріей (а, можетъ быть, и

съ деонтологіей общественности, какъ предпосылкой теоріи) и только въ заключеніе своихъ изслѣдованій прибавляетъ разсужденіе, переводящее теоретическій выводъ въ нормативный. И это уже достаточное основаніе не признавать за политикой характера самостоятельной науки, ибо не можетъ наука состоять изъ разнородныхъ частей—одной (наибольшей), приводящей къ теоретическимъ сужденіямъ, другой (меньшей) переводящей ихъ въ нормативные, притомъ такъ, что каждая часть самостоятельна и одна функція просто прикладывается къ другой. A la rigueure наукой могла бы быть одна изъ частей; но первая является просто совокупностью отрывковъ изъ другой науки (или другихъ наукъ), а вторая—не наука уже потому, что трудно считать таковой—стереотипный переводъ теоретическаго сужденія въ нормативное, нормативно санкціонирующее часть перваго. Едва ли будетъ наукой хотя бы частое повтореніе такого разсужденія: полученное теоріей сужденіе, что данное правоположеніе приводитъ къ такимъ то послѣдствіямъ, мы превратимъ въ нормативное,—что это правоположеніе слѣдуетъ ввести въ право (такъ какъ его послѣдствія являются для насъ искомой цѣлью, а оно средствомъ къ нему и слѣд. нужнымъ намъ).

Этихъ замѣчаній, кажется намъ, достаточно, чтобы на вопросъ, самостоятельная ли наука политика права, отвѣтить отрицательно.

Намъ теперь предстоитъ продолжать прерванную нить разбора, что же такое политика права, и съ каждымъ шагомъ въ этомъ разборѣ, а тѣмъ болѣе—съ рѣшеніемъ этого вопроса мы будемъ все подкрѣплять уже и такъ, впрочемъ, едва ли подлежащій сомнѣнію только что полученный выводъ.

VIII.

Итакъ, политика права не самостоятельная наука.

Теперь на очереди стоитъ слѣдующій вопросъ: что же въ политикѣ права самостоятельнаго, отличнаго отъ теоріи и отъ поставленія цѣлей (деонтологіи цѣлей)? Она предпола-

гаетъ и то, и другое; въ ней, повидимому, и то и другое имѣется, но и то, и другое можетъ въ ней находиться только фактически, не принципіально, такъ какъ имѣютъ свою спеціальную область, куда непосредственно относятся. Но имѣется ли въ политикѣ самостоятельный элементъ (разъ она не самостоятельная наука) и въ чемъ онъ заключается? Для выясненія этого изслѣдуемъ сначала вопросъ не въ его фактической постановкѣ, а въ фиктивно-принципіальной: предположимъ, что вся теорія и вся деонтологія намъ всецѣло даны въ законченномъ видѣ. Посмотримъ, къ чему при этомъ предположеніи сведется задача политики?

Намъ данъ запросъ de lege ferenda, каково должно быть для даннаго отношенія право. Мы предоставляемъ политикѣ рѣшить его. Политика разсматриваетъ право, какъ средство искомыхъ цѣлей. Значитъ, изслѣдователь, прежде всего, обратится къ (соціальной) деонтологіи цѣлей и отыщетъ въ ней тѣ цѣли, которыя въ данномъ случаѣ могутъ, или вѣрнѣе— должны, быть преслѣдуемы политикой; значитъ, первой задачей будетъ отысканіе цѣлей, которыя политика должна преслѣдовать создаваемой ею правовой нормировкой,—если эти цѣли уже не даны. Повторяемъ: отысканіе, но не построеніе, ибо построеніе цѣлей и составляетъ предметъ особой области мысли, деонтологіи цѣлей и выходитъ за предѣлы какого бы то ни было изученія права, являясь предпосылкой, а не составной частью политики.

Затѣмъ, когда мы изъ деонтологіи заимствовали цѣли, намъ необходимо обратиться къ теоріи, чтобы изъ нея извлечь средства ихъ достиженія. Въ самомъ дѣлѣ теорія говоритъ намъ, какія какое право имѣетъ при какихъ обстоятельствахъ послѣдствія. Предполагая теорію законченной (что фактически, конечно, не мыслимо), мы должны въ ней имѣть послѣдствія рѣшительно всѣхъ правовыхъ комбинацій при всѣхъ комбинаціяхъ условій. Слѣд., въ частности, должны имѣть и искомыя послѣдствія, т. е. именно, то, которое въ силу исходнаго запроса для насъ является цѣлью. Значитъ, здѣсь задача политики сводится къ тому, чтобы отыскать въ теоріи эти послѣдствія; въ качествѣ ихъ предпосылки мы най-

демъ, какія при данныхъ условіяхъ правовыя положенія клонятся къ тому, чтобы ихъ произвести; тѣмъ самымъ мы и получимъ отвѣтъ на основной нашъ запросъ: эти правовыя положенія и суть искомыя нами, должныя, de lege ferenda.

Итакъ, значитъ, у насъ имѣется основной запросъ, задача: какимъ правоположеніемъ слѣдуетъ регулировать данное отношеніе? Это запросъ de lege ferenda. Отвѣтъ на него можетъ дать политика права, приспособляя къ наличнымъ частнымъ обстоятельствамъ данныя деонтологіи и теоріи; т. е. она ничего не построяя, ничего не изучая, только выискиваетъ то, что въ другихъ дисциплинахъ относится къ данному вопросу.

Мы говоримъ о „дисциплинахъ", между тѣмъ какъ вѣдь деонтологія цѣлей можетъ, пожалуй, вовсе и не быть таковой. Для многихъ просто *ясны* цѣли человѣческой дѣятельности и безъ дальнихъ разговоровъ онѣ и могутъ быть использованы для послѣдующаго. Здѣсь было бы неумѣстно разбирать этотъ вопросъ; для насъ совершенно несущественно, будетъ ли деонтологія цѣлей просто совокупностью такихъ непосредственно переживаемыхъ цѣлей, идеаловъ, или же ихъ научнымъ построеніемъ и выведеніемъ. Точно также несущественно, „сразу" ли понятна цѣль данной регулировки (правовой), такъ что она и не подлежитъ сомнѣнію (какъ, повидимому, предполагаетъ проф. Петражицкій), или же она подлежитъ сомнѣнію и обсужденію. Какъ бы то ни было,—всегда возможны многія цѣли, изъ которыхъ даннымъ правоотношеніемъ преслѣдуются только нѣкоторыя. Слѣдовательно остается задача найти въ деонтологіи цѣлей (или просто въ совокупности цѣлей) тѣ, которыя относятся къ данному вопросу; а затѣмъ—въ теоріи—тѣ построенія и пр., которыя его разрѣшаютъ. Задача политики—изъ деонтологіи и теоріи извлечь относящееся къ данному поставленному на очередь вопросу; *въ цѣляхъ разрѣшенія конкретнаго вопроса использовать матеріалъ теоріи и деонтологіи.*

Но, можетъ быть, самое это использованіе, извлеченіе требуетъ опредѣленныхъ методовъ и представляетъ своеобразную функцію?

При томъ предположенiи (фиктивномъ, конечно), которое мы сдѣлали, о законченности теорiи и деонтологiи цѣлей—приходится и на этотъ вопросъ отвѣтить отрицательно. Само собой, для того, чтобы изъ обширной науки умѣть извлечь нужное, требуется ее знать. Можно выработать и вспомогательныя таблицы, систематическiе указатели, алфавитныя подробныя оглавленiя, а также и опредѣленные прiемы выискиванiя. Такъ, напр., помимо теорiи логариѳмовъ, обосновывающей ихъ, существуютъ правила пользованiя логариѳмическими таблицами, помогающiя намъ использовать ихъ для каждой данной конкретной цѣли въ частности. Но характерное отличiе отъ науки и научныхъ методовъ—этихъ вспомогательныхъ прiемовъ, таблицъ и пр.—заключается въ томъ, что наука есть изученiе, разработка объекта (въ организованной системѣ понятiй и положенiй); методы ея касаются изученiя объекта, построенiя этой системы и т. д.; между тѣмъ какъ указанные вспомогательные прiемы и т. п. касаются не разработки объекта, а пользованiя научными о немъ положенiями.

Наука изучаетъ объектъ и построяетъ охватывающую его систему положенiй; политика (въ разсматриваемомъ нами „чистомъ“ видѣ ея) выбираетъ тѣ изъ этихъ положенiй, которыя нужны примѣнительно къ данному случаю; наука изучаетъ объектъ, политика занимается аранжировкой (нѣкоторыхъ) касающихся его положенiй; наука изучаетъ объектъ, политика (въ указанномъ смыслѣ)—науку. Словомъ, *политика—это приспособленiе науки къ какому нибудь спецiальному вопросу*. Но при сдѣланномъ нами предположенiи о законченности науки—это приспособленiе сводится всецѣло—къ выборкѣ подходящихъ положенiй, а вся ея методологiя—къ умѣнью отыскивать въ системѣ науки—нужное.

Вспомнимъ еще здѣсь, что эта работа происходитъ относительно каждаго запроса отдѣльно. Постановка же запросовъ совершенно произвольна—ихъ ставитъ жизнь, эмоцiи, желанiя людей—не только въ полной безсистемности, но еще и съ рѣшительнѣйшими противорѣчiями отъ случая къ случаю. Но этого мало, пускай запросы будутъ построены въ

идеальнѣйшей системѣ,—политика все же никакой системы не представитъ, ибо она будетъ заключаться въ сопоставленіи деонтологическихъ и теоретическихъ положеній, касающихся каждаго запроса поочередно. Уже такое чередованіе едва ли можетъ быть признано систематическимъ; а главное,—запросы, систематически связанные—для своего разрѣшенія могутъ требовать положеній, заимствованныхъ изъ весьма разнообразныхъ мѣстъ системы: такъ, напр. два систематически связанныхъ запроса могутъ касаться отношеній, имѣющихъ совершенно различныя послѣдствія; а слѣдовательно къ разрѣшенію ихъ приложимы разныя цѣли, а слѣдовательно и совершенно различныя и систематически несвязанныя положенія теоріи. Такимъ образомъ, политика (принципіально) не только не самостоятельная наука, но она и вообще не наука, а совокупность заимствуемыхъ изъ теоріи и деонтологіи цѣлей положеній, заимствуемыхъ примѣнительно къ конкретнымъ запросамъ, слѣдовательно, даже не подлежащая систематическому построенію въ томъ порядкѣ, въ которомъ она заимствуется.

Слѣдовательно принципіально политика—это дѣятельность использованія теоріи и деонтологіи въ цѣляхъ полученія отвѣта на поставленные (жизнью ли или какъ бы то ни было иначе) запросы. Запросъ касается правоположенія; отвѣтъ, слѣдовательно, и даетъ искомое правоположеніе, которое тѣмъ, что оно дается въ отвѣтъ *на запросъ*, и является—какъ объ этомъ будетъ еще ниже сказано (§ IX)—de lege ferenda. Но вся дѣятельность полученія такимъ путемъ этихъ положеній, признаваемыхъ нами за положенія de lege ferenda—т. е. изученіе съ политикоправной точки зрѣнія, политикоправное изслѣдованіе—по существу никакой особой науки въ противоположность существующимъ (или въ параллель имъ) не представляетъ.

IX.

Обратимся къ разсмотрѣнію тѣхъ запросовъ, отвѣтомъ на которые и является политика права.

Нашъ основкой, общій запросъ касается права, какимъ оно должно быть. Ясно и рѣзко этотъ *правнопрактическій* запросъ, или точка зрѣнія (поскольку запросъ опредѣляетъ изслѣдованіе, можно говорить о немъ, какъ о точкѣ зрѣнія, съ которой изслѣдованіе производится) отдѣляется и противополагается догматическому. Догма изучаетъ дѣйствующее право, поскольку оно фактически обязательно; политика— поскольку оно (въ опредѣленномъ отношеніи) должно быть обязательнымъ. Одинъ запросъ направленъ на изученіе сущаго (дѣйствующаго) права, другой—долженствующаго быть (дѣйствующимъ). Между тѣмъ по многимъ причинамъ изслѣдователи любятъ въ свое ученіе о сущемъ вкладывать представленіе о должномъ, аргументировать обязательность, дѣйственность данной нормы ея желательностью, какъ средства къ опредѣленной цѣли. Вотъ здѣсь противоположеніе двухъ запросовъ имѣетъ большое значеніе, и постоянное подчеркиваніе его можетъ принести существенную пользу.

Только неправильно было бы приписывать это противоположеніе—отношенію политики къ теоріи.

На самомъ дѣлѣ, во 1-хъ, оно относится не къ самому изслѣдованію (политическому и теоретическому), а къ точкамъ зрѣнія, запросамъ, лежащимъ въ основѣ изслѣдованій.

Во 2-хъ, это противоположеніе касается не непосредственнаго запроса политики—политикоправнаго, а болѣе отдаленнаго—правнопрактическаго.

И въ 3-хъ, наконецъ, оно касается отношенія правнопрактическаго запроса къ догматическому, а не къ теоретическому.

Пояснимъ сказанное.

Для противопоставленія двухъ запросовъ мало, чтобы они не совпадали, чтобы они были разными,—нужна еще нѣкоторая общая почва, на которой они бы сталкивались, нѣкоторый tertium comparationis, который бы давалъ возможность ихъ (по отношенію къ нему) противопоставленія. Конечно, запросы политикоправный, правнопрактическій, догматическій и разные теоретическіе — всѣ различны. Но основательно ли, произвольно сопоставляя ихъ противополагать любой

любому? Напр. политикоправный запросъ изучаетъ право, какъ средство къ даннымъ цѣлямъ. Одинъ изъ теоретическихъ изучаетъ, что такое право. Это не то же самое. При всемъ томъ политикоправный изучаетъ теоретически отношенiе права къ его внѣправовымъ послѣдствiямъ,—и хотя это изученiе не то же, что изученiе существа права,—оно одинаково теоретично. Другое дѣло правнопрактическiй запросъ—онъ разсматриваетъ, каковымъ должно быть право, и въ этомъ отношенiи противоположенъ теоретическому, разсматривающему, каково оно есть. Тѣмъ не менѣе и здѣсь для противопоставленiя еще нѣтъ надлежащаго tertium comparationis. Ибо запросъ, каково должно быть право, противопоставимъ запросу, каково оно есть, только если ихъ сопоставлять въ такомъ нерасчлененномъ, огульномъ видѣ. На самомъ дѣлѣ, правнопрактическiй запросъ въ своемъ точномъ значенiи означаетъ: каково должно быть дѣйствующее право, и противопоставимымъ ему является не теоретическiй—каково есть право, а каково есть дѣйствующее право, т. е. запросъ догматическiй. Запросы правнопрактическiй и теоретическiй относятся къ разнымъ моментамъ права; правнопрактическiй и догматическiй касаются одинаково момента долженствованiя, Geltung конкретной нормы или института: догматическiй—есть запросъ найти норму, обладающую такой обязательностью, имѣющую Geltung; правнопрактическiй — долженствующую обладать такой обязательностью, долженствующую имѣть Geltung. Здѣсь противоположенiе сущаго и должнаго относится къ одному и тому же моменту—обязательности, Geltung. Съ теоретической же точки зрѣнiя право, конечно, также изучается, какъ сущее, но совершенно не въ томъ моментѣ—не въ его обязательности.

Запросу de lege ferenda и противополагается запросъ de lege lata, т. е., именно, правнопрактическому—догматическiй, ибо запросъ de lege lata—не есть теоретическiй, а именно догматическiй.

Фиксируемъ существо политикоправнаго запроса (въ отличiе отъ правнопрактическаго).

Жизнь, практика ставитъ общій, правнопрактическій запросъ de lege ferenda,—каково должно быть (въ такихъ то условіяхъ) право? Разсмотрѣніемъ права, какъ средства осуществленія общественныхъ цѣлей—этотъ общій запросъ спеціализируется въ политикоправный; мы желаемъ ввести такое право (или мы считаемъ такое право должнымъ), которое содѣйствуетъ осуществленію искомыхъ нами цѣлей; благодаря этому общій *запросъ de lege ferenda специализируется въ политикоправный:* какое право является средствомъ осуществленія искомыхъ цѣлей?

Политика и отвѣчаетъ на этотъ запросъ: такое то право и есть это средство. *Если* цѣль искомая не едина, то необходимо предварительно и ее опредѣлить, и слѣдовательно установить деонтологически: цѣлью является (должно явиться) то-то, и теоретически: а средство къ цѣли—такое-то. Это послѣднее теорія, первое—деонтологія, но не права.

Мы указывали выше, что въ политикѣ къ этому теоретическому изученію примѣшивается и примѣненіе практическаго метода, переводъ теоретическаго положенія въ нормативное. Но изъ только что даннаго анализа видно, что это примѣненіе не входитъ въ составъ собственно политики, такъ какъ не является отвѣтомъ на политикоправный запросъ. Оно служитъ *приложенію отвѣта къ жизни*, къ практикѣ, въ немъ выражается *осуществленіе* политикоправнаго запроса,—не отвѣтъ на него. Онъ является отвѣтомъ на общій, правнопрактическій запросъ de lege ferenda, не на политикоправный. А они не совпадаютъ. Практика права даетъ общій запросъ (правнопрактическій): какое примѣнить въ данномъ случаѣ право? Отвѣтъ можетъ быть данъ въ разныхъ плоскостяхъ: право справедливое, соотвѣтствующее нашему интуитивному правоубѣжденію; право, соотвѣтствующее духу дѣйствующаго, заимствуемаго и т. д. Можетъ быть данъ и такой отвѣтъ: право, осуществляющее (или къ тому стремящееся) искомыя нами общественныя цѣли, задачи. Если мы примемъ такую постановку вопроса, то мы тѣмъ самымъ получимъ новый, уже теоретическій, запросъ—это и будетъ политикоправный. Мы тѣмъ самымъ 1) выставимъ запросъ: какое право осуществляетъ наши цѣли, и 2) нор-

мативно постановимъ: отвѣтъ на второй вопросъ (политико-правный) мы дѣлаемъ отвѣтомъ и на первый (правнопрактическій). Такимъ образомъ получается двойственная задача: 1) теоретическая—получить отвѣтъ на политикоправный запросъ, и 2) практическая—перевести его въ отвѣтъ на правнопрактическій. Эта вторая тѣмъ и опредѣляется, что мы нормативно рѣшили считать отвѣтъ на первый запросъ отвѣтомъ на второй, т. е. что съ первымъ нами апріорно связанъ нормативный моментъ.

Это различеніе отнюдь не схоластическая дистинкція, а очень существенный и коренной моментъ ученія о политикѣ права (хотя бы онъ и не находился ясно въ сознаніи производящихъ политикоправныя изслѣдованія), ибо обѣ задачи рѣзко отличаются одна отъ другой. Ихъ можно смѣшивать только, если думать, что политикоправный запросъ и есть общій запросъ de lege ferenda; что запросъ, какое ввести право, и есть запросъ, какое право соотвѣтствуетъ нашимъ (общественнымъ) цѣлямъ. Но мы можемъ вводить право отнюдь не по признаку цѣлесообразности, а по признаку, напр., категорическаго интуитивнаго признанія, или логической послѣдовательности. Мы можемъ на вопросъ, какое ввести право, отвѣтить: право справедливое и т. д. Если мы даемъ отвѣтъ: право цѣлесообразное, мы этимъ отвѣтомъ устанавливаемъ деонтологическое признаніе правомъ de lege ferenda—право цѣлесообразное, устанавливаемъ нормативно положеніе считать за первое—второе. Логическимъ выводомъ (или, пожалуй, тавтологическимъ) отсюда—будетъ это нормативное общее положеніе примѣнять къ каждому частному случаю: Отвѣтъ на политикоправный запросъ я дѣлаю отвѣтомъ на общій правнопрактическій, т. е. право, осуществляющее мою цѣль признаю de lege ferenda. Но данное конкретное право осуществляетъ въ такомъ то случаѣ цѣль, слѣдовательно я его въ этомъ случаѣ признаю de lege ferenda, т. е. я признаю его „должнымъ“.

Такимъ образомъ примѣненіе нормативнаго метода, переводъ теоретическаго положенія въ нормативное, практическое—есть только осуществленіе на частныхъ случаяхъ того

общаго постулата, который сопровождаетъ самый политикоправный запросъ, нормативно устанавливая его отношеніе къ общему правнопрактическому.

Конечно, фактически было бы излишне въ конкретныхъ политикоправныхъ изслѣдованіяхъ отдѣлять стилистически эти два момента, сперва передавая выводы въ теоретической формѣ, а затѣмъ примѣняя къ нимъ методъ перевода ихъ въ нормативные. Если заранѣе дана общая посылка сдѣлать политикоправное изслѣдованіе отвѣтомъ на общій запросъ de lege ferenda, то можно безвредно получаемые теоретическіе выводы сразу передавать въ подходящей для цѣли (de lege ferenda) формѣ, въ нормативной.

Но отъ такого упрощенія изложенія существо дѣла не мѣняется. 1) Дисциплина отъ этого на становится нормативной, деонтологической, а остается онтологической, теоретической. 2) Отъ этого не должно затемниться и различіе обоихъ запросовъ. Общій правнопрактическій, de lege ferenda, какъ это было указано выше,—можетъ не приводить къ политикоправному, политикоправный не обязательно приводитъ къ общему. Ихъ отождествленіе теоретическое (въ отличіе отъ нормативнаго) приводитъ къ значительной теоретической путаницѣ, и въ особенности къ совершенному затемненію вопроса о деонтологіи права, какъ на это точнѣе будетъ указано еще ниже.

X.

Однако, фактически политика права (не политикоправный *запросъ*) отличается отъ того, за что мы ее выдавали въ предшествующемъ (§ VIII). Въ чемъ же это отличіе? Очевидно, мы получимъ его, отбросивъ то условіе, которое выше фиктивно приняли, ибо только въ этомъ условіи и заключалось отличіе отъ дѣйствительнаго положенія вещей. Условіе же это состояло въ томъ, что будто теорія и деонтологія цѣлей законченныя дисциплины.

На самомъ дѣлѣ этого нѣтъ и быть не можетъ.

Обратимся къ теоріи. Теорія изучаетъ общія соотноше-

нія данной области; изучаетъ элементы своего объекта и ихъ сочетанія. Теорія можетъ изучать, разумѣется, даже индивидуальныя сочетанія явленій, въ формѣ ли бывшихъ или существующихъ (историческія, описательныя науки). Она изучаетъ конкретную дѣйствительность и абстрактныя возможности. Но никоимъ образомъ не можетъ того быть, чтобы она изучала всѣ конкретныя возможности. Этого она фактически сдѣлать не можетъ, это ей принципіально дѣлать и не интересно. Было бы слишкомъ долгимъ отклоненіемъ доказывать здѣсь, почему именно; достаточно замѣтить, что наука занимается изученіемъ опыта и объясненіемъ его, но никакъ не фингированіемъ возможнаго опыта и его объясненіемъ,—поскольку это послѣднее для цѣлей объясненія и пониманія дѣйствительнаго не нужно. Ужъ скорѣе въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ это дѣло искусства.

Такимъ образомъ въ нашемъ частномъ случаѣ наука можетъ изучать общіе принципы воздѣйствія правовыхъ положеній на разныя стороны общественности или индивидуальности; можетъ изучать и построять элементы такого воздѣйствія, ихъ соотношенія и принципы сочетанія, можетъ изучать фактическое воздѣйствіе бывшихъ или существующихъ правовыхъ положеній при условіяхъ ихъ существованія, но не можетъ изучать воздѣйствія всякихъ нормъ при всякихъ условіяхъ ихъ дѣйствія. Еще въ меньшей степени она можетъ изучать, какими нормами получаются *любыя послѣдствія*. И здѣсь предметомъ изслѣдованія можетъ служить: съ одной стороны—опредѣленіе, какими правовыми положеніями при какихъ условіяхъ достигались фактически осуществлявшіяся или осуществляющіяся послѣдствія; съ другой стороны—теоретическій анализъ соотношенія абстрактныхъ категорій послѣдствій и ихъ элементовъ съ ихъ условіями. Но никоимъ образомъ никакая теорія въ пустую не займется выясненіемъ, какія вообще могутъ быть послѣдствія примѣненія правовыхъ нормъ и какими комбинаціями правовыхъ условій при различныхъ комбинаціяхъ обстоятельствъ эти послѣдствія могутъ быть получаемы.

Поэтому, когда политикѣ дается задача опредѣлить, ка-

кая норма или совокупность нормъ при данныхъ обстоятельствахъ осуществитъ данную цѣль, т. е. данныя искомыя послѣдствія, то она въ теоріи всего чаще не найдетъ готоваго отвѣта. Его придется еще добывать; данное теоретическое разсмотрѣніе нельзя будетъ просто, такъ сказать, переписать изъ теоріи, а надо будетъ его тамъ еще произвести. Такимъ образомъ при незаконченности теоріи—политика не только заимствуетъ изъ нея нужныя ей положенія, но и является стимуломъ для новыхъ теоретическихъ изысканій. Они, конечно, отъ этого не стали другими, они остаются тѣми же теоретическими, ничѣмъ отъ теоріи не отличаясь, никакой самостоятельной науки не составляя. Это просто теоретическія изысканія примѣнительно къ данному конкретному запросу.

Аналогичное примѣнимо и къ деонтологіи.

У насъ имѣются идеалы, не всегда, впрочемъ, отчетливо выясненные, цѣли въ области вопросовъ, стоящихъ на очереди, рядъ оцѣнокъ, чаще всего интуитивныхъ, эмоціональныхъ,—у насъ (обыкновенно, по крайней мѣрѣ) нѣтъ цѣльной продуманной системы индивидуальныхъ и общественныхъ цѣлей. Какъ извѣстно, теорія цѣненія стоитъ какъ разъ на очереди въ западно-европейской мысли въ томъ смыслѣ, что сознана необходимость ее создать и развить, не въ томъ, что это фактически происходитъ или произошло. Отсюда уже ясно, что въ томъ или другомъ случаѣ, у насъ и самая цѣль можетъ быть не ясна и оцѣнка примѣнительно къ сочетанію частностей не готова. Опять таки политика не сможетъ заимствовать ихъ изъ деонтологіи или теоріи оцѣнокъ, а только даетъ стимулъ для ихъ разработки тамъ.

Но и здѣсь, какъ и относительно теоріи, дѣло не только въ фактической неразработанности, но и въ принципіальной невозможности разработать до всѣхъ возможныхъ частностей. Никогда деонтологія не дастъ намъ примѣненія общихъ нашихъ цѣлей, оцѣнокъ къ *любой* данной конкретной совокупности обстоятельствъ. Цѣлей можно сразу преслѣдовать нѣсколько; возможно, что при данной совокупности обстоятельствъ можно преслѣдовать разныя группы цѣлей. Схематично изо-

бражая, возможно, напр., что при данной совокупности обстоятельствъ можно преслѣдовать цѣли abc и acd и abd,—надо учесть, которая изъ этихъ совокупностей цѣннѣе. Конечно, возможны общія нормы оцѣнокъ разныхъ группъ цѣлей, но въ томъ то и дѣло, что они могутъ быть только общими, а къ данному частному случаю ихъ приходится прилагать отдѣльно. Но и это не все. Цѣли вѣдь обыкновенно показываютъ не полное достиженіе, а только направленіе, т. е. данное средство не достигаетъ всей цѣли цѣликомъ, а только дѣйствуетъ въ направленіи ея достиженія, содѣйствуетъ ея осуществленію, нѣкоторой степени ея достиженія. И вотъ представляется необходимость не только учесть значеніе достиженія разныхъ цѣлей, но и разныхъ степеней разныхъ цѣлей. Напр., что лучше, установить-ли такое то правоположеніе и этимъ содѣйствовать въ такой то мѣрѣ (конечно, весьма неопредѣленной) достиженію цѣли *а*, или установить другую норму и этимъ содѣйствовать достиженію въ такой то другой мѣрѣ цѣли *б*. А еще сложнѣе, когда въ каждомъ случаѣ преслѣдуется не по одной цѣли (въ разной степени), а по совокупности нѣсколькихъ разныхъ же цѣлей въ разныхъ степеняхъ.

Еще усложняется дѣло тѣмъ, что вѣдь не однѣ положительныя цѣли достигаются предположенными нормами, но и отрицательныя,—и значитъ, приходится учитывать и оцѣнивать положительныя и отрицательныя оцѣнки результатовъ. И, наконецъ, еще болѣе усложняется дѣло тѣмъ, что вѣдь не приходится изслѣдовать дѣйствіе только одной нормы, а обыкновенно приходится дѣлать это по совокупности; т. е., напр., сравнивая значенія нормъ А и Б, по ихъ возможнымъ результатамъ, выражающимся въ разной степени достиженія (положительнаго и отрицательнаго) разныхъ цѣлей, можно вѣдь не ограничиваться этимъ, а разсматривать значеніе присоединенія къ нимъ и другихъ нормъ. Пусть А достигаетъ въ степени *n* цѣли *а*, въ степени *m* цѣли *б*, и достигаетъ отрицательнаго эффекта *в* въ степени *к*. Но не слѣдуетъ только этотъ результатъ сравнивать съ возможнымъ результатомъ нормы Б, ибо если къ А присоеди-

нить еще какую нибудь норму С, то она, можетъ быть, уничтожитъ отрицательный эффектъ *в*, увеличитъ эффектъ *б*, и создаетъ еще положительный же эффектъ *г*. Такимъ образомъ отъ отдѣльныхъ нормъ приходится переходить къ цѣлымъ институтамъ, къ ихъ совокупностямъ, строю и т. д. Т. е. въ данномъ случаѣ—къ сравнительной оцѣнкѣ ихъ послѣдствій, цѣлей, которыя ими преслѣдуются, въ тѣхъ степеняхъ, которыя ими достигаются [1]).

На самомъ дѣлѣ, при политикоправномъ изслѣдованіи вся эта сложность деонтологіи менѣе замѣтна, нежели теоретическое изслѣдованіе, потому что и вообще построеніе цѣлей и оцѣнокъ до сихъ поръ эксплицитно мало производилось, а производится имплицитно, подразумѣвается, будучи опредѣляемо нашими эмоціями. Эти промежуточныя цѣли не общи и не ясны для *всѣхъ*, а только—онѣ *каждымъ* (по своему) не ясно, а именно смутно чувствуются, какъ само собой понятное; и вся эта работа сравнительнаго цѣненія и поставленія цѣлей производится эмоціонально, благодаря нашему сочувствію, любви, преклоненію передъ однимъ и несочувствію, ненависти, презрѣнію къ другому. Мы обыкновенно и ведемъ разсужденіе о возможныхъ послѣдствіяхъ до тѣхъ поръ, пока не доходимъ до такого момента, сочувствіе или несочувствіе къ которому кажется намъ чѣмъ-то само собой подразумѣваемымъ. Отсюда мы и дѣлаемъ выводъ о желательности или нежелательности причины. Словомъ, фактически, въ силу того, что до сихъ поръ теорія оцѣнокъ, деонтологія цѣлей была въ большей степени содержаніемъ эмоцій, нежели объектомъ дискурсивнаго мышленія, деонтологическій элементъ долженъ въ разработкѣ вопросовъ права оставаться преимущественно подъ порогомъ сознанія, значительно отступая передъ теоретическимъ. Принципально же требуются оба. Но какъ бы тамъ ни было, во всякомъ случаѣ, и тотъ и другой относится къ независимымъ отъ политики дисциплинамъ. Самостоятеленъ

[1]) Отсюда ясно, насколько упрощено то представленіе о построеніи цѣлей, которое въ своемъ ученіи о политикѣ права даетъ пр. Петражицкій.

отъ обоихъ въ политикѣ только конкретный запросъ: 1) служащій къ извлеченію относящагося къ нему изъ этихъ дисциплинъ, поскольку оно тамъ имѣется, и 2) служащій стимуломъ для произведенія въ нихъ ихъ методомъ соотвѣтствующихъ изслѣдованій, поскольку они тамъ еще не имѣются.

Словомъ, и фактически, какъ и принципіально, политика права ничего къ теоріи и деонтологіи цѣлей права не приноситъ; она самостоятельной дисциплины не представляетъ.

Но здѣсь мы, наконецъ, подошли къ окончательному отвѣту, касающемуся того, что же она изъ себя представляетъ.

Въ политикѣ мы имѣемъ конкретный запросъ (создаваемый жизнью ли, или идеаломъ, или научнымъ изслѣдованіемъ—безразлично), для рѣшенія котораго намъ приходится отчасти извлекать изъ имѣющихся дисциплинъ относящееся къ нему, отчасти производить въ нихъ соотвѣтствующія изысканія. Слѣдовательно *политикоправное изслѣдованіе—это совокупность теоретическихъ и деонтологическихъ изслѣдованій, объединенныхъ единствомъ конкретнаго запроса, для рѣшенія котораго они и служатъ* [1]). Нѣкоторую видимость самостоятельности такое единство, дѣйствительно, получаетъ благодаря разнымъ причинамъ. Благодаря конкретности запроса теоретическія (и деонтологическія) изслѣдованія, требуемыя имъ, обыкновенно должны—по крайней мѣрѣ отчасти—быть заново произведены; такимъ образомъ можетъ стать необходимымъ произвести трудныя и сложныя изслѣдованія, для произведенія которыхъ въ абстрактной, исторической или описательной теоріи (и деонтологіи) не представилось бы повода и необходимости. При этомъ обратно въ теорію (и деонтологію) ихъ иногда незачѣмъ включать, ибо они имѣютъ конк-

[1]) При этомъ *правнопрактическій* запросъ ставитъ на очередь (и въ этомъ смыслѣ объединяетъ) какъ теоретическія, такъ и деонтологическія изслѣдованія; *политикоправный* же запросъ—по существу своему—предполагаетъ уже цѣль, и объединяетъ одни теоретическія изслѣдованія. Неразличеніе обоихъ запросовъ и заставляетъ объединять теорію и деонтологію; на самомъ дѣлѣ—какъ объ этомъ будетъ еще ниже—онѣ раздѣлимы. Но въ данномъ мѣстѣ нашего разбора—это не представляетъ значенія.

ретный интересъ въ виду даннаго запроса, внѣ же его (въ виду конкретности) общаго значенія могутъ и не имѣть. Эти изслѣдованія объединяются не по ихъ систематической близости, а по соотношенію съ запросомъ; а такъ какъ запросъ конкретенъ, а конкретность можетъ представить весьма сложный разрѣзъ (такъ сказать—косой) дѣйствительности, то такой запросъ долженъ вызвать рядъ изслѣдованій изъ самыхъ разнообразныхъ областей, отрывковъ между собой систематически отнюдь не связанныхъ и не связуемыхъ. Въ случаѣ обратнаго перенесенія ихъ въ теорію (на что иногда не представляется никакого интереса) ихъ бы пришлось раскассировать по разнымъ отдѣламъ, даже, можетъ быть, по разнымъ наукамъ. Въ „политикѣ“ же этотъ матеріалъ перераспредѣляется сообразно конституирующему ее признаку—запросу, цѣли изслѣдованія [1]).

Вспомнимъ еще преобладаніе въ политикѣ регрессивныхъ методовъ отысканія нужныхъ теоретическихъ положеній, а не прогрессивныхъ—ихъ построенія, которые господствуютъ въ „теоріи“. Это и обусловлено тѣмъ, что теоретическія изысканія „политики“ намъ незачѣмъ выстроить въ систему, организующую капитальный фондъ нашихъ знаній и пониманія; намъ достаточно отыскать нужныя намъ теоретическія положенія для рѣшенія даннаго случая, дальнѣйшее же использованіе полученныхъ положеній либо не нужно, такъ какъ они касаются только даннаго запроса, либо если имѣютъ болѣе общій интересъ—будетъ произведено заимствованіемъ въ систему, построяемую „теоріей“.

Но все это—только основаніе видимости, а не дѣйствительной самостоятельности политики. Отъ этого она не пе-

[1]) Отсюда снова выясняется, что въ политикѣ не можетъ быть системы. Какъ бы самые запросы ни были систематизированы (хотя и для этого нѣтъ никакихъ общеобязательныхъ основаній), научный матеріалъ здѣсь организуется не по своему содержанію, а по отношенію къ запросу, т. е. организуется каждымъ запросомъ отдѣльно и самостоятельно, примѣнительно къ себѣ. „Политика“, значитъ, всегда останется совокупностью изслѣдованій (отдѣльныхъ запросовъ), а не единоорганизованной системой, каковой принципіально является всякая наука, и каковою и ее признаетъ проф. Петражицкій.

рестаетъ быть все тѣми же—теоретическими (и деонтологическими) изслѣдованіями, приспособленными къ опредѣленному запросу, собраніемъ теоретическихъ (и деонтологическихъ) изслѣдованій и разсужденій, вызванныхъ и приложенныхъ къ опредѣленной цѣли, къ опредѣленному конкретному запросу.

Въ одной изъ первыхъ главокъ мы видѣли, что критика первоначальной постановки ученія проф. Петражицкаго о политикѣ права (будто это особая наука съ такимъ то содержаніемъ) приводитъ къ слѣдующей альтернативѣ: либо у политики это содержаніе—и тогда она не особая наука, либо она наука—тогда у нея нѣтъ этого содержанія. Самъ проф. Петражицкій фактически склонился къ этому послѣднему рѣшенію. Анализъ, который мы вели до сихъ поръ, показалъ, надѣемся, съ достаточной ясностью, что оно неправильно,—что политика, именно, не самостоятельная наука.

А тѣмъ самымъ намъ пришлось возстановить и первую часть альтернативы: политика не самостоятельная наука, но въ ней имѣется и теорія и построеніе цѣлей. Методологіи въ ней нѣтъ, конечно, ибо методологія всегда отдѣлима отъ области своего приложенія, но остальныя двѣ, указанныя проф. Петражицкимъ, какъ содержаніе политики, составныя части—въ ней оказались,—хотя, совершенно и не въ томъ видѣ, какъ были указаны. Въ политикѣ, дѣйствительно, имѣется и теорія и деонтологія, но она самостоятельной науки не представляетъ (ибо теорія—и есть *теорія*, а не политика, а деонтологія—*не* деонтологія *права*, а его цѣлей, общественности), а только приспособленіе теоріи и деонтологіи, представляющихъ самостоятельныя (принципіально) дисциплины, къ рѣшенію отдѣльныхъ вопросовъ [1]). Того, что составляетъ содержаніе ученія проф. Петражицкаго, политика изъ себя не

[1]) Въ настоящей главѣ мы оставляемъ безъ вниманія вопросъ о соотношеніи теоріи и деонтологіи въ политикѣ съ тѣмъ, чтобы подвергнуть его анализу въ одной изъ дальнѣйшихъ. Здѣсь же это соотношеніе не играетъ роли, и мы можемъ допустить ихъ равноправность и равнозначность.

представляетъ; онъ формально указалъ категоріи ея содержанія (моментъ теоретическій, моментъ деонтологическій), но совершенно неправильно заполнилъ содержаніе этихъ категорій, неправильно его истолковалъ. Политики права, какъ самостоятельной дисциплины, созданной проф. Петражицкимъ—нѣтъ, есть (и всегда было) изученіе запросовъ, касающихся созданія права, которое производится путемъ теоретическаго изслѣдованія и выясненія цѣлей права, общественности и нашей работы въ ней.

Но если политика, такимъ образомъ, несамостоятельная, отличная отъ теоріи, дисциплина, то едва ли также она вообще—наука *права* [1]). Исходный ея запросъ, дѣйствительно, относится къ области права, правнопрактическій, или политикоправный, ибо онъ касается созданія нормъ права. Не то политика,—какъ отвѣтъ па этотъ запросъ. Она изучаетъ право въ его послѣдствіяхъ при данныхъ условіяхъ; условія—это вся соціальная и психологическая жизнь, послѣдствія—это соціальныя и психологическія измѣненія въ ней. Пр. Петражицкій, поэтому, вполнѣ правильно указываетъ, что для политики требуется и психологія, и экономика, и соціологія, вообще знаніе какъ свойствъ условій, такъ и законовъ ихъ измѣненій. Мы видѣли, что это изученіе не есть предпосылка политики, какъ предполагаетъ пр. Петражицкій въ своей статьѣ въ „Правѣ“, а сама „политика“, какъ онъ указывалъ въ Кіевск. ун. изв., слѣд., политика какъ разъ и должна изучать примѣнительно къ данному запросу психологическія и соціальныя предпосылки и послѣдствія правоположеній. При этомъ приходится изучать вовсе не одну, такъ называемую, право-

---

[1]) Объ этомъ говоритъ и пр. Петражицкій, замѣчая, что она „vielmehr eine volkswirt schaftliche Wissesnchaft ist“ (см. Lehre v. Eink., II, 565; также 578) Но къ сожалѣнію въ позднѣйшей своей работѣ въ К. ун. изв. онъ покидаетъ эту точку зрѣнія, или вѣрнѣе эксплицируетъ ее въ совершенно иномъ духѣ. Именно здѣсь (LVIII) гражданская политила является вѣтвью экономической политики, но зато эта послѣдняя въ свою очередь подчинена политикѣ права вообще.

Впрочемъ, и въ D. L. r. E. политика права относится къ правовымъ дисциплинамъ, именно (579, № 1), отношеніе политики права къ теоріи приравнивается къ отношенію естественнаго права къ положительному.

вую психику. Во-первыхъ, она тѣснымъ образомъ связана и съ неправовой. Во-вторыхъ, послѣдствія, цѣли права выходятъ за предѣлы правовыхъ же,—они общесоціальны,—и слѣд. приходится и правовую психику изучать въ ея соотношеніяхъ съ внѣ-правовой, съ соціальностью вообще. Въ третьихъ, право регулируетъ всякія соціальныя отношенія, находящіяся во взаимодѣйствіи со всякими другими; поэтому, изучая воздѣйствіе данной предполагаемой правовой нормы, приходится изучать возможныя послѣдствія и взаимодѣйствія соціальнаго субстрата правовой нормировки, такъ наз. res facti, т. е. всецѣло выйти за предѣлы правового изслѣдованія.

Конечно, право, правовая психологія могутъ оставаться болѣе или менѣе въ центрѣ такихъ политическихъ изслѣдованій, давая исходныя точки расползающимся рядамъ мысли; но по содержанію своему политика неизбѣжно выходитъ за предѣлы права; и какъ входящая въ ея составъ деонтологія—есть деонтологія общественности, такъ и входящая въ ея составъ теорія относится къ разнымъ областямъ соціальной и психологической науки, хотя бы и преобладала правовая.

Такимъ образомъ, если *политикоправный запросъ*—дѣйствительно, политикоправенъ, то *политика* права относится *не* къ праву спеціально, а къ теоріи соціальности вообще, къ праву же только—частью; (входящая же въ ея составъ деонтологія относится исключительно къ соціальности).

Итакъ, изслѣдованія, объединяемыя названіемъ политики права, относятся къ теоріи и деонтологіи общественности; объединяются же они тѣмъ, что представляя систематически несвязуемые лоскутки обѣихъ, часто созданные ad hoc, а слѣд. не имѣющіе (по своей конкретности, казуистичности) мѣста въ соотвѣтствующей системѣ, они совмѣстно служатъ разрѣшенію даннаго (правового) запроса.

Такое единство изслѣдованій, объединяемыхъ въ виду цѣли, запроса,—или такую совокупность единствъ (въ свою очередь могущихъ быть расположенными въ опредѣленной между собою связи сообразно соотношеніямъ запросовъ) при-

ходится фактически выдѣлять изъ системы теоріи, въ которую (систему) оно не укладывается. Это тотъ же, что и въ систематической теоріи матеріалъ, только иначе расположенный—именно, въ виду разрѣшенія данныхъ запросовъ. Это та же наука, только *приложенная* къ создаваемымъ практикой, жизнью—запросамъ. Такъ въ другихъ областяхъ она и называется *прикладной наукой*.

Политика права есть прикладная наука, или одна изъ прикладныхъ наукъ общественности.

Григорій Ландау.

(Окончаніе слѣдуетъ).

ПРЕПОДАВАНІЕ ЮРИДИЧЕСКИХЪ, ПОЛИТИЧЕСКИХЪ И ЭКОНОМИЧЕСКИХЪ НАУКЪ ПО ПРОЕКТУ НОВАГО УНИВЕРСИТЕТСКАГО УСТАВА.

Проектъ выходитъ изъ той совершенно вѣрной мысли, что точное установленіе предметовъ преподованія и ихъ объема при быстромъ развитіи наукъ крайне затруднительно и потому многое въ этомъ отношеніи должно быть предоставлено усмотрѣнію самоуправляющихся факультетовъ, которые лучше всего могутъ опредѣлить вновь назрѣвающія потребности. Только ст. 103 даетъ сухой перечень каѳедръ на юридическомъ факультетѣ, а статьи 119 и 120 предоставляютъ студентамъ возможность спеціализироваться по отдѣльнымъ группамъ наукъ, такъ какъ сфера правовѣдѣнія все болѣе и болѣе расширяется, углубляется и развѣтвляется, а потому возникаетъ трудность для молодого человѣка съ обычными способностями основательно ознакомиться со всѣми преподаваемыми на юридическомъ факультетѣ предметами. Указанія на возможность группировки наукъ находятся во 2-омъ приложеніи къ проекту общаго устава Императорскихъ Россійскихъ Университетовъ на стр. 13—19. Противъ основы группировки на отдѣленіе юридическое, государственно-административное и политико-экономическое также, по моему мнѣнію, не можетъ быть возраженій. Мысли, которыя привели къ такому дѣленію преподаванія вытекали какъ изъ исторіи юридическихъ факультетовъ и правовѣдѣнія вообще, такъ и

изъ нѣкоторыхъ философскихъ соображенiй. Разсмотримъ, какъ историческiя данныя, такъ и философскiя соображенiя.

Настоящiе юридическiе факультеты — непосредственные преемники средневѣковыхъ школъ правовѣдѣнiя. Въ послѣднихъ при глоссаторахъ и комментаторахъ изучались почти исключительно римское и каноническое права, ибо эти права считались общеобязательными. Точка зрѣнiя была чисто догматическая; ни объ исторiи права, ни о философско-критическомъ изученiи существующихъ правилъ средніе вѣка понятiя не имѣли. По мiросозерцанiю средневѣковья правопорядокъ установленъ самимъ Богомъ, или непосредственно (законы Моисея), или черезъ боговдохновенныхъ людей, къ числу которыхъ причислялись и римскiе юристы. Идея постепеннаго развитiя, усовершенствованiе началъ путемъ опыта, вѣроятно, въ средніе вѣка считались-бы еретическою мыслiю, несогласною съ божественною мудростiю и благостiю. Средневѣковье знало только царство свѣта и царство тьмы, между которыми не могло быть посредствующихъ ступеней. Что же касается до философско-критическихъ замѣчанiй, то они, понятно, были недопустимы, такъ какъ правопорядокъ опирался на волю самого Бога.

Послѣ паденiя среднихъ вѣковъ основу правопорядка начали искать въ волѣ государственной власти, въ разумномъ началѣ, въ народномъ духѣ, наконецъ, въ волѣ народа. Во всѣхъ этихъ разнообразныхъ ученiяхъ объ основѣ правопорядка догматическая точка зрѣнiя удерживалась; даже въ знаменитой исторической школѣ Савиньи и Пухты исторiя даннаго нацiональнаго права должна была служить не болѣе какъ единственно возможнымъ объясненiемъ дѣйствующихъ нормъ. Дѣйствительно, казалось, для юриста особенно важною должна быть догма. Главнѣйшую задачу юриста видѣли въ судоговоренiи; слѣдовательно, къ правильному объясненiю дѣйствующаго права и къ облегченiю его усвоенiя должны были стремиться университеты. Вотъ въ чемъ лежитъ историческая причина преобладанiя догматической точки зрѣнiя во всѣхъ юридическихъ факультетахъ континентальной Европы (въ Англiи и Америкѣ постановка нѣсколько иная).

Ученіе о формахъ государственной жизни появилось ранѣе юриспруденціи. Уже у самыхъ древнихъ греческихъ философовъ и поэтовъ мы встрѣчаемся съ поисками лучшей формы устройства общества. У Платона, а въ особенности у Аристотеля изслѣдованія государственнаго устройства и управленія достигаютъ поразительнаго совершенства. Римъ, хотя и не обогатилъ политической мысли учеными трактатами, но зато далъ поразительный образецъ благоустроеннаго громаднаго государства. Не смотря на все это, въ теченіе всѣхъ среднихъ вѣковъ нѣтъ даже и помина о преподаваніи политическихъ наукъ. Только на филологическомъ факультетѣ при чтеніи политики Аристотеля удѣлялись кой-какія свѣдѣнія о государственномъ бытѣ. Это явленіе не прошло безслѣдно для университетовъ, а именно въ Оксфордскомъ и Кембриджскомъ университетахъ и до сихъ поръ политическія науки поставлены въ тѣсную связь съ филологическими, а не съ юридическими отраслями знанія. О тѣхъ замѣчаніяхъ, которыя давались средневѣковыми профессорами-юристами при упоминаніи о iurisdictio и imperium, а также при чтеніяхъ о феодальномъ правѣ почти не стоитъ и упоминать. Причины этого явленія понятны; по мнѣнію средневѣковыхъ мыслителей народами управлялъ самъ Богъ, а въ дѣйствительности кулачное право и произволъ сильныхъ міра не давалъ возможности предполагать о существованіи какихъ-либо твердыхъ началъ при управленіи человѣческими обществами.

Не ранѣе XVI в. въ Германіи, на которую обращаемъ особенное вліяніе, ибо ея университеты имѣли большое значеніе не только для Россіи, но и для всей континентальной Европы, зарождается политическая литература. Реформація выдвинула массу политическихъ вопросовъ объ отношеніи протестантскихъ князей къ императору, объ отношеніи жителей-протестантовъ данной территоріи къ епископамъ или другимъ католическимъ территоріальнымъ властямъ и т. д. Кромѣ того, самъ упадокъ католической церкви вызвалъ у протестантовъ множество вопросовъ, дотолѣ разрѣшаемыхъ католическою церковью, напр. заботы о бѣдныхъ, больныхъ, о народномъ образованіи и т. д. Политическіе вопросы сна-

чала пытались разрѣшить при помощи средневѣковыхъ пріемовъ, аналогій изъ св. писанія, Аристотеля, римскаго права. Но вскорѣ убѣдились въ значеніи исторіи политической жизни народовъ. Дѣйствительно, въ Германіи уже у Рейнкинга, представителя идей о всемогуществѣ германскаго императора, и у Лимнеуса, поклонника федеративнаго строя Германіи, попадаются ссылки на исторію, и съ Гейнриха Коццеи и публицистовъ Галлской школы (конецъ XVII и первая половина XVIII в.) чрезвычайное значеніе исторіи Германіи для германскаго публичнаго права считается неоспоримымъ положеніемъ. Не смотря, однако, на зародившійся интересъ къ государственнымъ вопросамъ, не смотря на правильно понимаемую связь политическихъ наукъ съ исторіей политическаго быта, политическія науки завоевываютъ себѣ прочное мѣсто въ университетскомъ преподаваніи въ Германіи и Австріи не ранѣе второй половины прошлаго вѣка. Это опозданіе является слѣдствіемъ абсолютизма, который руководился произволомъ, тормозилъ преподаваніе государственныхъ наукъ и препятствовалъ возникновенію мысли о закономѣрности государственной жизни. Зато со второй половины прошлаго столѣтія политическими науками начали такъ увлекаться, что въ нѣкоторыхъ германскихъ университетахъ, какъ, напр., въ Мюнхенѣ, появляются даже въ юридическихъ факультетахъ особыя отдѣленія для преподаванія политическихъ и экономическихъ наукъ.

Выдѣленіе экономическихъ наукъ, именно политической экономіи, произошло подъ вліяніемъ двухъ разновременныхъ теченій. У Сократа впервые появилась наука о человѣческой дѣятельности, какъ дѣятельности цѣлесообразной, нравственной, основанной на благоустроенномъ порядкѣ человѣческаго общежитія. Изъ этого зародыша еще въ древности развилась философія теоретическая съ одной стороны, изучающая порядокъ вселенной, и философія практическая, съ другой, изыскивающая начала, долженствующія быть положенными въ основу человѣческой жизни. Въ Англіи и Шотландіи, можетъ быть вслѣдствіе консерватизма англійской расы, наиболѣе сохранилось слѣдовъ связи отдѣльныхъ наукъ съ древними фи-

лософскими представленіями. Дѣйствительно, въ исторіи преподаванія Оксфордскаго и Кембриджскаго университетовъ легко можно прослѣдить постепенное выдѣленіе математическихъ и естественныхъ наукъ изъ теоретической философіи, а въ Шотландскихъ университетахъ особенно процвѣтало изученіе практической философіи. Одинъ изъ профессоровъ, преподающій эту науку, Адамъ Смитъ, задумалъ подвергнуть анализу побудительныя причины человѣческихъ дѣйствій. Въ 1759 г. вышло его изслѣдованіе о нравственныхъ мотивахъ человѣческой дѣятельности, а въ 1776 г. онъ издалъ сочиненіе о богатствѣ народовъ, гдѣ останавливается на естественномъ стремленіи человѣка улучшить свое положеніе. Если первое сочиненіе прошло незамѣченнымъ, то вторымъ была основана политическая экономія, какъ наука о той части общественнаго порядка, который опредѣляется желаніемъ человѣка удовлетворить свои матеріальныя потребности. Итакъ, поводъ къ появленію вновь народившейся науки заключался въ древнегреческомъ мышленіи; оно дало рамки для изслѣдованія, но на содержимое оказали громадное вліяніе школы меркантилистовъ и въ особенности физіократовъ. Обѣ школы не находились въ связи съ древними мыслителями. Послѣ паденія средневѣковаго строя и усиленія классовъ, занятыхъ торговлею, промышленностію и земледѣліемъ, явилась потребность найти для государственныхъ и общественныхъ дѣятелей прочныя начала для развитія этихъ отраслей человѣческаго труда и притомъ не только въ интересахъ самихъ трудящихся классовъ, но и государства, какъ одного политическаго цѣлаго. Въ Англіи, гдѣ промышленность, а главное торговля, наиболѣе обогащали людей, явился меркантилизмъ; напротивъ во Франціи, гдѣ сельское хозяйство въ разнообразныхъ его видахъ наиболѣе занимало народонаселеніе, появились физіократы. Если первая школа замкнулась въ болѣе узкую сферу вопросовъ, связанныхъ съ промышленностію и въ особенности съ торговлею, то наоборотъ физіократы создали цѣлую общественную философію, охватывающую всю широкую область отношенія государства къ обществу. Вотъ эта-то послѣдняя школа и оказала громадное вліяніе на изысканія Адама Смита.

Уже самое появленіе политической экономіи привѣтствовалось вездѣ, въ особенности въ Англіи, какъ предвѣстникъ всеобщаго благополучія; на нее смотрѣли не столько какъ на науку о производствѣ, распредѣленіи и потребленіи богатствъ, сколько какъ на ученіе, долженствующее охватить всѣ стороны общественной жизни и пересоздать ихъ на научныхъ началахъ. Такъ какъ политическая экономія возникла при полномъ владычествѣ взгляда на человѣчество, какъ на совокупность людей, одаренныхъ почти равными качествами—различія, по тогдашнему мнѣнію, вытекали изъ политическихъ и историческихъ условій и потому могли быть устранены равноправіемъ людей, то она носила на себѣ характеръ космополитическій; ея положенія считались законами природы, независимыми отъ пространства и времени. Однако, болѣе глубокое изученіе экономическихъ явленій привело къ признанію силы нравственныхъ факторовъ, трудолюбія, бережливости и т. д., измѣняющихся подъ вліяніемъ различія въ обстановкѣ людей. Такъ на смѣну классической школы политической экономіи появилась школа историческая съ ея видоизмѣненіями. Прошлое столѣтіе придавало все большее и большее значеніе экономическимъ факторамъ; они выступили послѣ неуспѣха великой французской революціи, закончившейся, не смотря на потоки крови, диктатурой Наполеона. Цѣлый рядъ выдающихся мыслителей Франціи началъ признавать, что политическая свобода не достижима безъ экономической обезпеченности. Во второй половинѣ прошлаго вѣка экономическія начала даже были признаваемы выдающимися историками единственно правильнымъ объясненіемъ историческихъ событій. Наконецъ, какъ въ политическихъ наукахъ, подлѣ наукъ появился политическій романъ, въ теченіе тысячелѣтій развившійся до политическаго идеала, такъ и въ экономическихъ наукахъ замѣчается то же явленіе, а именно выступаетъ идеалъ экономическаго равенства, хотя и не осуществимый, но владычествующій надъ умами многихъ людей. Итакъ экономическіе факторы и изучающія ихъ науки выдѣлились и притомъ выдѣлились послѣдними.

Этотъ бѣглый историческій очеркъ развитія наукъ о че-

ловѣческомъ общежитіи вполнѣ оправдываетъ установленіе трехъ спеціальныхъ отдѣленій юридическаго, государственно-административнаго и политико-экономическаго.

Если мы теперь перейдемъ къ философскимъ соображеніямъ, т. е. постараемся опредѣлить самое существо предмета, изучаемаго въ каждомъ отдѣленіи, то подмѣтимъ также существенную разницу въ самой идеѣ, въ точкѣ зрѣнія и даже въ методѣ.

Въ древнемъ Римѣ смотрѣли на права отдѣльныхъ гражданъ, какъ на сферы ихъ власти, опредѣляемыя юридическими правилами. Въ основу всего правопорядка было положено начало справедливости (suum cuique tribuere), а само право изучалось для установленія черты, разграничивающей предѣлы власти спорящихъ сторонъ. Та же цѣль преслѣдовалась и преслѣдуется до сего дня. Поэтому и методъ направленъ къ тому, чтобы возможно легче усвоить всю массу юридическихъ правилъ и наиболѣе удобно примѣнять ихъ къ взаимнымъ житейскимъ препирательствамъ. Въ теченіе тысячелѣтія идея права, подъ вліяніемъ философіи, конечно, чрезвычайно углубилась, но и теперь на право смотрятъ, какъ на черту, разграничивающую по справедливости притязанія сторонъ. Возьмемъ-ли мы опредѣленіе Канта, усовершенствованное Гегелемъ, о правѣ, какъ о томъ кругѣ, въ которомъ воля человѣка можетъ свободно вращаться, не задѣвая воли другихъ лицъ (мѣра свободы лица въ обществѣ), или опредѣленіе Іеринга о правѣ, какъ о чертѣ, разграничивающей юридически защищенные интересы, или опредѣленіе Регельсбергера о правѣ, какъ о разграниченіи круговъ интересовъ и власти, вездѣ и повсюду говорится объ извѣстной чертѣ, отдѣляющей предѣлы воли, власти, и интересовъ одного лица отъ другого. Сама черта опредѣляется положительнымъ правомъ въ формѣ закона или обычая; она устанавливается не по требованіямъ юридическимъ, а по требованіямъ законодательной политики. Такъ какъ юридическое правило должно быть примѣнимо равнымъ образомъ во всѣхъ аналогическихъ случаяхъ и притомъ съ возможною быстротою и легкостію, то все требованіе правовѣдѣнія сводится къ чисто формальному началу о ясности и удобопримѣнимости.

Какъ пользуется правоуполномоченная личность своею властію, это не входитъ въ сферу правовѣдѣнія, пока лицо не нарушитъ правъ другихъ лицъ. И такъ на всемъ правовѣдѣніи лежитъ отпечатокъ формальный. Все изученіе легко можетъ быть ограничено усвоеніемъ отдѣльныхъ правилъ и пріобрѣтеніемъ навыка ихъ примѣненія къ спорнымъ вопросамъ. Поэтому критика юридическихъ правилъ является какъ-бы роскошью. Если въ самое послѣднее время требуютъ отъ юриста болѣе широкихъ свѣдѣній изъ политической экономіи, сравнительной исторіи права и т. д., то это только потому, чтобы придать большую гибкость закону. Такъ какъ онъ совершенствуется очень медленно, а напротивъ жизнь измѣняется чрезвычайно быстро, то необходимо предоставить судьѣ извѣстную свободу при постановленіи рѣшеній и для этого необходимо снабдить его болѣе широкими познаніями, напр., изъ сравнительнаго правовѣдѣнія (Ламберъ).

Если мы теперь перейдемъ отъ отдѣленія юридическаго къ двумъ другимъ, то прежде всего мы найдемъ въ нихъ обоихъ немало общаго, притомъ рѣзко отличающаго ихъ отъ отдѣленія юридическаго.

Правовѣдѣніе имѣетъ дѣло съ уже установленными юридическими правилами, изъ которыхъ оно стремится выработать юридическія понятія для подведенія подъ нихъ возможно большее количество частныхъ случаевъ безъ критической оцѣнки самихъ юридическихъ правилъ, т. е. безъ постановки вопроса, на сколько они удовлетворяютъ требованіямъ жизни; ибо предоставить судьѣ право примѣнять къ спорамъ только тѣ юридическія правила, которыя, по его мнѣнію, соотвѣтствуютъ жизненнымъ потребностямъ, значило-бы подоровать весь юридическій порядокъ, превративъ судью въ законодателя. Напротивъ два другія отдѣленія требуютъ изученія самой жизни, отчасти для созданія юридическихъ правилъ; обобщенія, въ нихъ находимыя, цѣнны постольку, поскольку они соотвѣтствуютъ жизненымъ условіямъ, а потому и примѣненіе ихъ нежелательно безъ критической провѣрки. Если въ правовѣдѣніи уже самъ правопорядокъ имѣетъ цѣну, хотя-бы онъ и не вполнѣ соотвѣтствовалъ жизненнымъ условіямъ, то при

административной дѣятельности только цѣлесообразность данной мѣры рѣшаетъ о ея значеніи. Правовѣдѣніе ограничивается отмежеваніемъ для каждаго лица извѣстной сферы свободы, не заботясь уже затѣмъ, какъ правоуполномоченный использует предоставленную ему свободу. Напротивъ два другія отдѣленія стремятся установить принципы для самой его дѣятельности. Вообще правовѣдѣніе является какъ-бы сферою формальнаго мышленія, гдѣ сопоставляются два или нѣсколько результатовъ человѣческой мысли въ видѣ созданныхъ ею юридическихъ правилъ съ тѣмъ, чтобы устранить въ нихъ противорѣчія, если таковыя имѣются, не касаясь совершенно вопроса о соотвѣтствіи юридическихъ правилъ опредѣляемыхъ ими жизненнымъ условіямъ. Совершенно наоборотъ въ государственномъ административномъ и политико-экономическомъ отдѣленіяхъ каждое положеніе имѣетъ значеніе только въ случаѣ его правильности, т. е. согласія съ жизненными процессами. Дѣйствительно, въ сферѣ правовѣдѣнія неудачный законъ чрезвычайно увеличитъ только дѣйствія въ обходъ закона, но неподходящая административная или экономическая мѣра можетъ нанести неисчислимый вредъ. Несмотря, однако, на помѣченную нами близость двухъ другихъ отдѣленій юридическаго факультета между собою, въ нихъ имѣются и значительныя различія.

Самостоятельное мышленіе о государствѣ появляется у Платона. Онъ смотритъ на государство, какъ на человѣка въ большихъ размѣрахъ, преслѣющаго ту же самую цѣль, а именно все большее и большее нравственное совершенствованіе; при помощи аналогіи съ человѣкомъ, находимой и въ Римѣ (Menenius Agrippa), Платонъ старается уяснить себѣ нѣкоторыя проявленія государственной жизни. Если Платона поражаетъ въ государствѣ наиболѣе единство и его организація, то Аристотель обращается къ содержимому въ государствѣ, т. е. къ гражданамъ, и старается критически оцѣнить особенности извѣстныхъ ему государственныхъ формъ съ точки зрѣнія общаго блага всѣхъ гражданъ или по крайней мѣрѣ большинства; но и онъ выходитъ изъ классической идеи государственнаго блага и съ этой точки зрѣнія оцѣни-

ваетъ права и обязанности гражданъ. Римъ еще опредѣленнѣе поставилъ и провелъ въ жизнь государственный принципъ, что благо государства есть высшій законъ (salus publica suprema lex esto). Не смотря на протекшіе вѣка этотъ принципъ сохраняетъ вполнѣ свою силу и до сего дня. Мы только понимаемъ его глубже, именно какъ благо всѣхъ жителей государства безъ различія гражданъ полноправныхъ и неполноправныхъ, неразрывно связанное съ благомъ государства. Мы также знаемъ, что самое существованіе государства обусловлено извѣстнымъ психическимъ сродствомъ населенія, съ утратой котораго государство распадается (Дж. Ст. Милль). Но особенно отличаетъ наши взгляды отъ взглядовъ древности, все болѣе и болѣе проникающее насъ со второй половины прошлаго столѣтія сознаніе, что государство подлежитъ извѣстнымъ естественнымъ законамъ роста. Хотя законы государственной жизни намъ очень мало извѣстны, тѣмъ не менѣе почти никто теперь не сомнѣвается въ ихъ существованіи. Отсюда измѣняется и самъ методъ изученія государственныхъ явленій; онъ начинаетъ все настоятельнѣе требовать не описанія данной современной государственности, не простаго сопоставленія многихъ государствъ, а сравненія съ цѣлію открытія законовъ государственной жизни.

Хотя экономическое неравенство было особенно распространено въ древности, хотя оно чрезвычайно часто приводило къ государственнымъ переворотамъ, тѣмъ не менѣе значеніе экономической обезпеченности личности не было сознано. Повидимому, оно находилось въ связи съ появленіемъ христіанства. Только когда подлѣ гражданина, какъ правоспособный субъектъ появился человѣкъ, притомъ какъ обладающій безсмертною душою и сынъ Бога во Христѣ, тогда только могъ быть поставленъ принципъ экономической обезпеченности. Однако, и въ гораздо болѣе позднѣе время онъ не появлялся. Съ особенною силою онъ былъ выдвинутъ не ранѣе прошлаго вѣка, когда были подведены итоги первой французской революціи. Еще XVIII в. всецѣло былъ убѣжденъ, что стоило только дать всю полноту политическихъ правъ всему населенію, и исчезнутъ бѣдность народныхъ

массъ и ихъ эксплоатація. Это не оправдалось; напротивъ, равенство передъ закономъ дало возможность трудолюбивому и образованному среднему сословію во Франціи наложить сильнѣе свою руку на рабочіе классы, чѣмъ это было при развращенномъ и лѣнивомъ дворянствѣ. Такимъ образомъ стало наглядно для всѣхъ, что реформы политическія непосредственно не приведутъ къ экономическому прогрессу. Тогда соціалисты выставили принципъ экономической обезпеченности. Прошлый вѣкъ породилъ цѣлый рядъ теорій о томъ, какъ создать и обезпечить экономическое равенство среди людей. Оказалось, однако, что эти теоріи не находятъ себѣ подтвержденіе въ наукѣ, что экономическое равенство недостижимо, что можно развѣ стремиться къ извѣстной экономической обезпеченности каждой личности при существованіи неравенства и что это стремленіе можетъ быть достигнуто только путемъ примѣненія извѣстныхъ мѣръ, опирающихся на изученіи законовъ, которымъ подлежатъ экономическія явленія.

Подводя итоги всему сказанному, мы замѣчаемъ различіе въ принципахъ, лежащихъ въ основѣ каждаго изъ трехъ отдѣленій юридическаго факультета. Юридическія науки опираются на идеѣ справедливости, политическія—на идеѣ государственнаго блага, тождественнаго съ благомъ всѣхъ гражданъ, экономическія—на идеѣ обезпечить каждой личности обладаніе необходимымъ для ея существованія количествомъ матеріальныхъ благъ. Всѣ эти три принципа чрезвычайно близко соприкасаются между собою; мало того, при полномъ отрицаніи одного изъ нихъ недостижимы и другіе; тѣмъ не менѣе нельзя сказать, чтобы эти три принципа вполнѣ покрывали одинъ другого и чтобы даже между ними немыслимо было столкновеніе. Каждая мѣра къ измѣненіямъ въ сферахъ юридическаго, политическаго и экономическаго быта, очевидно, должна быть оцѣниваема принципомъ, свойственнымъ данной сферѣ. Наконецъ, методъ изученія самихъ явленій рѣзко различается въ правовѣдѣніи и въ двухъ другихъ областяхъ; въ первомъ онъ направленъ къ усвоенію юридическихъ правилъ и къ навыку ихъ примѣненія, въ двухъ ос-

тальныхъ—къ открытію законовъ, управляющихъ политическими и экономическими явленіями (область науки) и къ дѣятельности, опирающейся на этихъ законахъ (область искусства).

Какъ мы видѣли, постепенно подлѣ юридическихъ наукъ начали появляться науки политическія затѣмъ экономическія. Такимъ образомъ на юридическихъ факультетахъ возникло большое обиліе предметовъ, притомъ не особенно крѣпко связанныхъ между собою. Устранить эту многопредметность удалось весьма удачно посредствомъ созданія трехъ отдѣленій, юридическаго, государственно-административнаго и политико-экономическаго. Хотя всѣ три области наукъ относятся къ одному и тому же предмету, къ человѣческому общежитію, но этотъ единый предметъ можетъ быть изученъ съ различныхъ точекъ зрѣнія, а именно съ точки зрѣнія правъ и обязанностей, предоставленныхъ отдѣльнымъ физическимъ и юридическимъ лицамъ, съ точки зрѣнія устройства и управленія даннаго политическаго цѣлаго, наконецъ, съ точки зрѣнія экономическихъ интересовъ, какъ отдѣльныхъ лицъ, такъ и всего политическаго союза. Переходя отъ этой общей группировки наукъ къ самому ихъ преподованію, мы считаемъ его не вполнѣ соотвѣтствующимъ современнымъ требованіямъ; элементъ научный въ немъ не занимаетъ надлежащаго мѣста.

Еще въ началѣ прошлаго вѣка Огюстъ Контъ, наблюдая естественныя науки, пришелъ къ необходимости отдѣлить область мысли отъ области дѣятельности, область знаній теоретическихъ отъ области знаній практическихъ. Науки открываютъ постоянныя отношенія явленій между собою, а человѣческая дѣятельность, чтобы быть плодотворной, должна опираться на эту закономѣрность. Прошедшее столѣтіе только подтвердило вѣрность этой мысли, хотя и значительно измѣнило взглядъ на закономѣрность. Это основное требованіе преподованія объ отдѣленіи наукъ отъ искусствъ упущено изъ вида; сфера теоріи не отдѣлена отъ сферы практики, да

и самой теоріи не придано подобающее ей значеніе. Такого рода явленіе не должно удивлять насъ. Въ теченіе многихъ вѣковъ юридическіе факультеты заключили въ себѣ только науки юридическія, изучаемыя ради юридической практики. Проблески законодательной политики появились не ранѣе конца XVIII в. Юридическія нормы германскаго права представляли удивительную смѣсь началъ римскихъ, каноническихъ, феодальныхъ. Вся задача зключалась въ ихъ усвоеніи ради ихъ примѣненія въ судахъ. При такомъ положеніи юридическаго вѣдѣнія въ теченіе длиннаго ряда вѣковъ не могло быть и рѣчи о какой-либо теоріи. Она начала нѣкоторымъ образомъ слагаться не ранѣе большаго распространенія идей естественнаго права, да и послѣднее скорѣе считалось идеаломъ, чѣмъ предметомъ, непосредственно полезнымъ для судьи и адвоката. Такимъ образомъ давно сложившееся мнѣніе о томъ, что въ правовѣдѣніи собственно нѣтъ теоріи, а только юридическія правила, притомъ, какъ думалъ XVIII-тый вѣкъ, измѣняемыя по прихоти законодателя, было перенесено на политическія и даже экономическія науки, такъ какъ и тамъ изучались юридическія правила о назначеніи и сферѣ дѣйствія государственныхъ органовъ, о государственныхъ налогахъ, тарифахъ и т. д. и т. д. Присутствіе этого устарѣлаго предразсудка еще чувствуется при обзорѣ предметовъ преподаванія и въ примѣрныхъ основныхъ планахъ занятій на юридическихъ факультетахъ.

Отсутствіе теоретической основы не даетъ себя чувствовать *на юридическомъ отдѣленіи* вслѣдствіе самаго его характера. Гдѣ главное требованіе заключается въ рѣшеніи вопроса о предѣлахъ свободы и интересовъ отдѣльныхъ лицъ, причемъ сами эти предѣлы предустановлены по даннымъ наукъ политическихъ и экономическихъ, тамъ, понятно, теорія является не основаніемъ, а только подспорьемъ для объясненія юридическихъ правилъ, ихъ толкованіемъ. Въ примѣрномъ основномъ планѣ теоретическіе предметы должны быть преподаны въ первые два года, и къ нимъ могутъ быть отнесены слѣдующіе: общее ученіе о правѣ [1]), исторія римскаго

[1]) На Энциклопедію редакторы смотрятъ исключительно какъ на введеніе

права, политическая экономія, исторія русскаго права, статистика, римское право, общее ученіе о государствѣ, исторія философіи права. Однако, въ этомъ длинномъ перечнѣ строго научнаго элемента гораздо менѣе, чѣмъ это кажется. Дѣйствительно, онъ ограничивается общимъ ученіемъ о правѣ и государствѣ (оба предмета должны быть соединены вмѣстѣ), политическою экономіей и исторіей философіи права. Исторія римскаго права представляетъ описаніе развитія римскаго правосознанія для надлежащаго пониманія догмы римскаго права, полезной для практическаго юриста потому, что на нѣсколько видоизмѣненныхъ положеніяхъ римскаго права строятся почти всѣ современныя законодательства о гражданскихъ правоотношеніяхъ. Исторія русскаго права, очевидно, какъ и исторія римскаго права, должна быть понимаема въ смыслѣ нѣмецкой исторической школы, т. е. какъ единственно возможный комментарій къ русскому положительному праву. Необходимо постоянно памятовать, что исторія одного какого-либо права даетъ только нужный матеріалъ для установленія законовъ развитія и притомъ чрезвычанйно неполный, отрывочный. Это такъ сказать единичный опытъ природы надъ человѣческимъ общежитіемъ, могущій имѣть значеніе только при сравненіи съ другими опытами. Въ противномъ случаѣ, безъ сравненія, исторія даннаго права есть только описаніе извѣстнаго жизненнаго процесса, коророе одно никоимъ образомъ не можетъ привести къ установленію законовъ, по которымъ происходитъ самъ описываемый жизненный процессъ. Наконецъ, что касается статистики, то на нее смотрятъ сами редакторы какъ на извѣстный методъ, а не какъ на особую науку.

Въ нынѣшнемъ столѣтіи съ особою силою выдвинулся вопросъ о средствахъ устранить вредъ, проистекающій отъ рѣзкаго противорѣчія закона съ одной стороны, и судебной и внѣсудебной юридической практики съ другой. Для этого

въ правовѣдѣніе безъ особаго научнаго значенія. См. объяснительную записку къ проекту стр. 70—72; здѣсь помѣщены всѣ мотивы измѣненій въ преподаваніи на юридическихъ факультетахъ.

предлагается предоставить судьѣ больше самостоятельности при постановленіи приговоровъ, а въ руководство ему при пользованіи этой нѣкоторой независимостью отъ закона, создать новыя науки въ родѣ сравнительнаго правовѣдѣнія. Однако, уже при опредѣленіи предѣловъ самостоятельности судьи происходятъ большія разногласія; притомъ, никто не признаетъ возможнымъ предоставить ему болѣе широкую свободу. Кажется, вопросъ этотъ временный, вызванный особою неподвижностію закона на континентѣ. Думается мнѣ, онъ правильнѣе всего рѣшенъ въ англо-американскомъ юридическомъ мірѣ. Такъ какъ тамъ въ громадныхъ областяхъ права и на большихъ пространствахъ дѣйствуетъ обычай, заключающійся въ прежнихъ судебныхъ рѣшеніяхъ, отъ которыхъ судья въ нѣкоторой степени можетъ отступать, то судья сохраняетъ извѣстную долю своей независимости отъ положительнаго права и можетъ дѣйствительно быть какъ въ Римѣ „живымъ голосомъ народнаго права". Его рѣшеніе, нѣсколько отклоняющееся отъ преюдикатовъ, не будетъ кассировано, ибо такихъ судовъ англо-саксонскій міръ не знаетъ, а на стражѣ добросовѣстности судьи стоитъ чрезвычайно чуткое общественное мнѣніе, высокое положеніе судей въ обществѣ и ихъ громадное матеріальное обезпеченіе.

Итакъ, по нашему мнѣнію, для юриста совершенно достаточно указанныхъ предметовъ. Общее ученіе о правѣ и государствѣ должно дать ему философское пониманіе современнаго юридическаго и политическаго быта, исторія и догма римскаго права пріучить его, на историческихъ примѣрахъ, къ правильному юридическому мышленію, исторія русскаго права разъяснить ему происхожденіе русскаго положительнаго права и опредѣлить ступень, на которой находится русское правосознаніе, политическая экономія и статистика ознакомить его съ экономическими требованіями, и наконецъ исторія философіи права выяснить ему поступательный ходъ человѣческаго мышленія о правѣ и государствѣ вообще. Сравнительное правовѣдѣніе безусловно необходимо, но не какъ извѣстное количество обобщеній изъ произвольно взятыхъ правъ для назиданія судьи. Сравнительное правовѣдѣніе

должно быть преподаваемо, какъ наука, и не на юридическомъ отдѣленіи.

Наименѣе удовлетворительнымъ представляется намъ преподаваніе *на государственно-административномъ отдѣленіи.* Это отдѣленіе особенно нуждается въ обоснованіи его на научныхъ началахъ, ибо у насъ дѣятельность государственная, понимая ее въ самомъ широкомъ смыслѣ, какъ дѣятельность законодательная, управленіе внутренними и внѣшними дѣлами, почти совсѣмъ не считалась съ научными данными. Точно также въ обществѣ, даже въ его наиболѣе образованныхъ кругахъ, царитъ всецѣло убѣжденіе XVIII-го вѣка о всемогуществѣ законодательной воли (вѣра, что законодательнымъ актомъ можетъ быть введенъ 8-ми часовой рабочій трудъ, требованіе учредительнаго собранія и т. д.). Глубокая мысль выдающагося американскаго философа Лестера Уорда, что законодательство очень близко подходитъ къ открытію, такъ какъ и тамъ, и тутъ вновь установляется безошибочный путь пользоваться силами природы (общественныя силы также силы природы) для достиженія желаемыхъ нами цѣлей, вѣроятно, не нашла бы поклонниковъ въ современномъ русскомъ обществѣ. Наконецъ необходимо замѣтить, что вслѣдствіе сравнительной неразработанности политическихъ наукъ самъ методъ разработки общественныхъ явленій еще не опредѣлился окончательно; сама закономѣрность въ государствовѣдѣніи понимается далеко не однообразно.

По примѣрному основному плану къ теоретическимъ предметамъ на государственно-административномъ отдѣленіи могутъ быть причислены общее ученіе о правѣ, исторія и догма римскаго права, политическая экономія, исторія русскаго права, статистика, общее ученіе о государствѣ, исторія философіи права, иностранное государственное право. Я уже замѣтилъ, что въ строгомъ смыслѣ теоретическими предметами могутъ быть признаны развѣ только ученіе о правѣ и государствѣ, политическая экономія и исторія философіи права; всѣ остальные имѣютъ только кажущуюся научность. Къ послѣднимъ слѣдуетъ причислить и иностранное государственное право. Подъ нимъ редакторы понимаютъ изложеніе извѣст-

наго государственнаго права. Безспорно, этотъ предметъ очень важенъ практически; не разъ приходилось, напримѣръ, читать объ общей и тайной подачѣ голосовъ и о федерализаціи русскаго государства. Для того и другого предложенія необходимо ознакомиться съ сѣверо-американскими штатами, гдѣ оба начала дѣйствуютъ болѣе ста лѣтъ. Если первое имѣло и крайне нежелательныя послѣдствія [1]), то, наоборотъ, федеративный строй оказался могучимъ средствомъ къ сплоченію государства. Но, такія практическія указанія не могутъ быть смѣшиваемы съ наукою; они весьма цѣнны, прямо необходимы для рѣшенія даннаго вопроса, ибо представляютъ собою извѣстный опытъ природы, но они не научныя истины; поэтому, не смотря на сѣверо-американскіе штаты, общая подача голосовъ и федеративная форма могутъ при другихъ условіяхъ привести и къ противоположнымъ результатамъ.

Очевидная, по моему мнѣнію, недостаточность преподаванія на разсматриваемомъ отдѣленіи вызываетъ необходимость пополненія и притомъ нетолько предметами теоретическими, но и практическими, очень важными для воспитанія хорошихъ администраторовъ. Ради интересовъ научныхъ я предложилъ бы ввести исторію славянскаго права, сравнительную исторію права, сравнительное правовѣдѣніе, соціологію [2]). Методъ всѣхъ этихъ наукъ сравнительный; слѣдовательно въ нихъ имѣетъ мѣсто не только описаніе извѣстнаго естественнаго процесса или состоянія, какъ напримѣръ въ исторіи русскаго, польскаго, нѣмецкаго права, но и его сравненіе съ другими процессами и состояніями съ цѣлію установить необходимыя условія измѣненій или сосуществованія общественныхъ явленій. Первыя двѣ науки имѣютъ въ виду опредѣлить законъ движенія, третья—законы сосуществованія, наконецъ, соціологія является объединительницею

---

[1]) Появленіе особаго класса политикановъ (politicians), по мнѣнію американцевъ,—паразитовъ, ничего не производящихъ и живущихъ одною политикою.

[2]) Сравнительная исторія права и исторія славянскихъ законодательствъ устранены безъ выясненія причинъ, хотя о первой прямо упоминается, какъ о возможной для введенія по желанію факультетовъ. См. стр. 43, 51 перваго приложенія къ проекту общаго устава.

той и другой точекъ зрѣнія, какъ бы энциклопедіей всего обществовѣдѣнія, понимаемаго въ смыслѣ наукъ естественныхъ. Ради исключительно практическихъ цѣлей я предложилъ бы политическую исторію XVIII и XIX в.в. и исторію трактатовъ. Приглядимся внимательнѣе къ предлагаемымъ мною предметамъ.

Исторія славянскаго права безспорно, сравнительно съ послѣдующими предметами, имѣетъ менѣе научный характеръ, ибо въ ней сильно преобладаетъ элементъ описательный, а сравненіе въ нѣкоторой степени ограничено славянскимъ и западноевропейскимъ мірами; притомъ въ ней большое значеніе имѣетъ элементъ племенной, между тѣмъ какъ новѣйшія сравнительно - историческія изслѣдованія все болѣе и болѣе заставляютъ насъ предугадывать, что племенной элементъ по меньшей мѣрѣ далеко отступаетъ на задній планъ передъ общими космическими и экономическими факторами, проявляющими свою силу повсюду независимо отъ близости кровнаго родства. Тѣмъ не менѣе исторія славянскаго права должна быть введена въ преподаваніе, какъ вслѣдствіе чисто теоретическихъ, строго научныхъ соображеній, такъ и вслѣдствіе практическихъ потребностей. Разсмотримъ каждое изъ этихъ положеній отдѣльно.

Каждый историческій предметъ имѣетъ одною изъ своихъ существенныхъ задачъ ознакомить будущаго юриста съ законами, управляющими развитіемъ человѣческихъ обществъ. Правильность и закономѣрность, наблюдаемая въ природѣ вообще, здѣсь изучается въ предѣлахъ жизни народовъ. Но правильность эта, какъ и правильность въ статистикѣ, не проявляется въ узкихъ предѣлахъ, такъ какъ воля человѣка, какія тѣсныя границы мы ей не отводили бы, видоизмѣняетъ въ нѣкоторой степени ходъ событій. Значеніе законодателя, выдающагося администратора и т. д. будетъ сильно въ Виртенбергѣ, Баваріи, менѣе сильно въ цѣлой Германіи, но слабо для всей западной Европы. Случайные факторы на большихъ пространствахъ исключаются и закономѣрность выступаетъ все съ большею и большею силою. Поэтому исторія славянскаго права имѣетъ большую научную цѣну для установленія за-

кономѣрности, чѣмъ исторія русскаго, чешскаго и т. д. права.

Славянство въ древнѣйшее время представляло изъ себя одно психическое цѣлое. На это указываютъ свѣдѣнія о поразительномъ сходствѣ нравовъ и обычаевъ у византійскихъ, арабскихъ и западныхъ писателей, единство имени для всѣхъ племенъ, какъ даваемое самими славянами, такъ и иноземцами, преданія о единствѣ происхожденія, большая близость древнѣйшихъ нарѣчій, наконецъ чрезвычайное подобіе юридическаго и политическаго быта XII и XIII в.в., когда онъ уже можетъ быть довольно точно установленъ по грамотамъ и лѣтописямъ. Когда мы обратимся отъ глубокой древности къ современности и задумаемъ сравнивать народные нравы и обычаи, одежду, утварь и т. д. различныхъ славянскихъ народностей, мы просто будемъ поражены сходствомъ всѣхъ этихъ проявленій народной жизни. Этотъ факторъ ясно указываетъ, что психическое сродство не исчезло въ теченіи тысячелѣтія. Это объяснимо въ свою очередь тѣмъ, что славянская исторія вездѣ и повсюду захватывала только сравнительно высшіе слои славянскаго общества, не проникая въ его глубь; народныя массы мало принимали участія въ государственныхъ событіяхъ и потому оставались почти не тронутыми. Такого рода общественныя явленія имѣютъ громадный научный интересъ; съ особою ясностію проявляются законы вліянія на высшіе слои иноземныхъ идей и видоизмѣненія послѣднихъ вслѣдствіе отсталости низшихъ слоевъ, а также изученіе одного и того же психическаго цѣлаго при дѣйствіи на него разнообразныхъ иноземныхъ идей становится особенно удобнымъ. Объясненіемъ моей мысли могутъ служить сербохорваты; это безспорно одинъ народъ съ однимъ языкомъ, а между тѣмъ одна часть его подчинилась вліянію византійскому и создала сербское государство, другая—западноевропейскому и распалась на далматинцевъ съ итальянскимъ вліяніемъ и хорватовъ съ мадьярскимъ. Какъ для ботаника весьма важно подвергнуть одно и то же растеніе вліянію разнообразныхъ условій, такъ еще интереснѣе историку-юристу прослѣдить, какъ видоизмѣнилось одно и то же цѣлое подъ дѣйслвіемъ различныхъ культурныхъ силъ.

Наконецъ славянское право, по моему мнѣнію, находящему отголосокъ и въ западной Европѣ, можетъ облегчить пониманіе общественнаго развитія западной Европы. Я убѣжденъ даже, что безъ славянства западная Европа никогда не будетъ всецѣло понята. Въ чемъ заключалось существо вліянія католической церкви, феодализма, крестовыхъ походовъ, рыцарства, городовъ и т. д. можетъ быть установлено только путемъ сравненія съ такими странами, населенными родственными кельтамъ и германцамъ народами, которые не подчинялись этимъ явленіямъ. Но этого мало. Часть славянъ, какъ бы ради большей точности при розысканіи, усвоила себѣ отчасти эти учрежденія и такимъ образомъ чрезвычайно облегчила выясненіе совершавшагося въ Европѣ историческаго процесса.

Ученый юристъ не можетъ дѣлать опыты надъ человѣкомъ и человѣческими обществами; поэтому для него должно быть особенно дорого изученіе народовъ, разбросанныхъ на громадныхъ пространствахъ и съ довольно богатою общественною жизнію, по существу весьма близкихъ между собою, подвергшихся самымъ разнообразнымъ культурнымъ, географическимъ и этнографическимъ вліяніямъ. Многочисленность славянскаго племени и продолжительность его существованія дозволяютъ выдѣленіе случайныхъ факторовъ, а широкая возможность сравненія и между отдѣльными славянскими государствами, и съ западной Европой, способствуетъ открытію законовъ развитія общественнаго быта.

Обращаемся теперь къ практическимъ потребностямъ. Съ конца XVIII в. замѣчается возрожденіе славянскихъ народностей; онѣ выступаютъ на историческое поприще, а часть ихъ въ XIX-мъ в. даже слагается въ самостоятельныя государства. Почти всѣ обращаютъ при этомъ свои взоры на Россію, ожидая отъ ней, то поддержки, то совѣта. Очевидно, для этого необходимо знаніе прошлаго славянскихъ народностей и притомъ преимущественно съ государственной, общественной и экономической сторонъ. Славянскій вопросъ долженъ занимать и дипломатовъ, и администраторовъ, и даже финансистовъ. Спрашивается, гдѣ можно пріобрѣсти эти свѣдѣнія, если университеты не будутъ ихъ сообщать? Кромѣ

того, въ самые предѣлы Россіи входитъ значительное число польской національности, а безъ знанія польскихъ идеаловъ, въ свою очередь опирающихся на исторіи польской общественности, нельзя даже и приступить къ рѣшенію польскаго вопроса.

Сравнительная исторія права находитъ себѣ мѣсто въ университетахъ англо-американскихъ, а также въ Испаніи и отчасти въ Италіи. Ученая Германія и страны, подчиняющіяся ея вліянію, на исторію права все еще смотрятъ съ точки зрѣнія идей Савиньи, то есть какъ на описаніе развитія правосознанія ради пониманія современнаго состоянія права въ данной странѣ. Всецѣло признавая громадную трудность преподаванія сравнительной исторіи права, необходимость знанія многихъ языковъ, умѣнье найтись въ безконечномъ разнообразіи явленій, я тѣмъ не менѣе считаю сравнительную исторію права предметомъ, необходимымъ для современности. Во всемъ университетскомъ преподаваніи это будетъ единственная каѳедра, къ которой пріурочены будутъ изысканія о необходимыхъ условіяхъ измѣненія общественнаго быта, то есть не болѣе, не менѣе, какъ о законахъ человѣческаго прогресса. Должно же наконецъ человѣчество отвыкнуть отъ мысли усовершенствовать свой бытъ только путемъ насилій, кровопролитій, разрушенія селъ и городовъ; теперь, въ сферѣ политическихъ и экономическихъ преобразованій, оно совершенно напоминаетъ алхимика, ищущаго философскаго камня, медика, вѣрящаго въ открытіе элексира отъ всѣхъ болѣзней.

Думается мнѣ, однако, что нѣкоторыя руководящія идеи уже выдѣлились въ спеціальныхъ изслѣдованіяхъ. Человѣчество не представляется болѣе одной неразчлененной, громадной массой. Въ немъ ранѣе всего выступаютъ дикіе и варварскіе народы со своимъ особымъ міросозерцаніемъ, затѣмъ рѣзко отличаются вслѣдствіе почти полной отчужденности три группы народовъ, а именно: 1) народы, занимающіе западную Азію и берега средиземнаго моря (Вавилонъ, Ассирія, Египетъ, Евреи, Греки и Римляне) и тѣсно съ ними по культурѣ связанные народы Европы и Америки; 2) Индія; 3) Китай съ Японіей. Преемственность идей уже довольно

удовлетворительно установлена въ первой группѣ, хотя вторая (Индія) и третья (Китай съ Японіей) остаются для насъ еще почти совершенно неизвѣстными. Далѣе, можно уже сказать, что силы, вызывающія движеніе, нѣсколько измѣняются по мѣрѣ роста человѣчества. Повидимому въ первый моментъ жизни человѣчества громадную роль играетъ окружающая человѣка природа; съ теченіемъ времени ея вліяніе все болѣе и болѣе слабѣетъ, но никогда не исчезаетъ окончательно. Затѣмъ выдвигаются на первое мѣсто религіозныя вѣрованія; ихъ сила бывала всеподавляющей, и она длится въ значительной степени до сего дня. Только послѣ нѣкотораго ослабленія религіознаго чувства, съ того момента, какъ человѣкъ началъ придавать самостоятельную цѣну своему пребыванію на землѣ и пересталъ смотрѣть на земную жизнь, какъ на преходящій искусъ, появляется жажда политической свободы; это стремленіе охватываетъ человѣчество на сравнительно короткое время. Въ новѣйшее время съ особеннымъ могуществомъ выдвигаются экономическіе интересы; сознаніе ихъ значенія до того сильно охватило даже ученыхъ, что въ концѣ прошлаго вѣка они считали возможнымъ объяснять экономическими интересами все движеніе человѣчества. Ко всему этому присоединяется все болѣе и болѣе увеличивающееся значеніе накопленныхъ знаній, т. е. умѣнье пользоваться силами природы ко благу человѣка, и слѣдствіе этого—раздѣленіе труда (очевидно, гдѣ нѣтъ накопленныхъ знаній, какъ предмета усвоенія, нѣтъ раздѣленія труда). Надъ всѣмъ этимъ разнообразіемъ силъ стоятъ тѣлесныя и духовныя свойства человѣка, которыя предопредѣляютъ собою все движеніе человѣческой культуры. Наконецъ, кое-что сдѣлано для установленія различныхъ міросозерцаній. Покойный Іерингъ въ пятидесятыхъ годахъ впервые заговорилъ о духѣ даннаго права и далъ намъ весьма поучительный образецъ на римскомъ правѣ его открытія. Съ тѣхъ поръ сдѣлано не мало въ этомъ направленіи. Тайлоръ и Спенсеръ предложили намъ прекрасный очеркъ міросозерцанія дикихъ и варварскихъ народовъ; Фюстель-де-Куланжъ—живописный набросокъ первобытныхъ понятій аріевъ; Ейкенъ

возстановилъ міровоззрѣніе среднихъ вѣковъ. Теперь уже не подлежитъ сомнѣнію, что каждый рядъ столѣтій имѣетъ свойственный ему взглядъ на вселенную. Дальнѣйшія спеціальныя изслѣдованія видоизмѣнили предположенія Іеринга въ томъ, что идеалами современности, какъ результатомъ всего объема человѣческой культуры, живутъ только образованные слои, подъ ними находится пластъ, проникнутый взглядами средневѣковья, а самые поддонки общества раздѣляютъ міросозерцаніе дикихъ и варварскихъ народовъ (Павелъ-фонъ-Лиліенфельдъ).

Относительно пріемовъ изысканій сложилось весьма мало положеній. Удача нѣкоторыхъ ученыхъ (Тайлора, Спенсера) и частичный неуспѣхъ другихъ при всей громадности употребленнаго труда (Альберта Поста, Колера) намекаютъ на необходимость извѣстной сортировки матеріала при сравненіи и рѣшеніи вопроса, что собственно слѣдуетъ сравнивать. Для опредѣленія силы данной причины измѣненія необходимо имѣть ее преимущественно въ виду при сравненіи. Напр., для установленія значенія природы необходимо сопоставленіе первобытныхъ обществъ, живущихъ какъ при одной и той же климатической обстановкѣ, такъ и въ различныхъ климатахъ; для раскрытія вліянія христіанства необходимо сравнить народы, развившіеся подъ ученіями Конфуція, Будды, Магомета; для опредѣленія значенія католичества необходимо сравненіе его съ православіемъ, лютеранствомъ и т. д. Относительно предмета сравненія въ ученыхъ сравнительно-историческихъ работахъ обыкновенно сопоставляютъ отрывочныя юридическія правила обычая или закона; рѣже мы встрѣчаемъ сравненіе цѣлыхъ институтовъ и никогда отдѣльныхъ міросозерцаній. Не трудно подмѣтить, что сравненіе законодательныхъ нормъ важно исключительно для догматическаго направленія. Дѣйствительно, голое, напр., сопоставленіе разнообразныхъ порядковъ наслѣдованія по закону, безъ уясненія самыхъ идей, лежащихъ въ основѣ законнаго преемства, ничѣмъ не обогащаетъ нашей мысли. Поэтому непремѣнно должно остановиться на вопросѣ, является-ли наслѣдникъ просто первымъ обладателемъ посредствомъ захвата имѣнія,

считаемаго никому не принадлежащимъ по смерти собственника, или продолжателемъ личности покойнаго, долженствующимъ дѣлать возліянія на его могилѣ (религіозныя вѣрованія), или частичнымъ хозяиномъ имущества, которое онъ самъ помогалъ собирать покойному (трудовое начало) или лицомъ особенно близкимъ, дорогимъ покойнику (предположеніе о совпаденіи законнаго преемства съ наслѣдованіемъ по завѣщанію).

Сравнительное правовѣдѣніе, въ противоположность исторіи, является сравненіемъ догматическимъ. Если исторія пытается открыть законы движенія, то сравнительное правовѣдѣніе—законы сосуществованія явленій, законы порядка, ибо давно уже подмѣчено, что нѣкоторыя общественныя явленія не могутъ существовать вмѣстѣ. Не смотря, однако, на то, что сравнительное правовѣдѣніе извѣстно уже съ XVI в. и даже гораздо раньше (древній Римъ), что французскіе юристы XVI, XVII и XVIII вв. создали посредствомъ его общее обычное французское право, а германскіе въ XVIII в. нѣмецкое гражданское право, оно и до сихъ поръ не опредѣлилось въ должной степени, о чемъ свидѣтельствуютъ безпорядочныя сопоставленія юридическихъ правилъ народовъ, не имѣющихъ ничего общаго между собою (напр. Сенъ-Жозефъ сопоставлялъ французскіе законы даже съ законами Ацтековъ безъ всякихъ выводовъ). Причина этого явленія кроется въ томъ, что въ этой наукѣ смѣшиваются цѣли теоретическая и практическая, при чемъ послѣдняя особенно приковываетъ къ себѣ вниманіе юристовъ. По моему мнѣнію, необходимо строго различать сравненіе для теоріи, т. е. установленія законовъ сосуществованія явленій, и сравненіе для цѣлей практическихъ. Если для перваго желательно сопоставленіе юридическихъ правилъ, взятыхъ у народовъ, находящихся на самыхъ различныхъ ступеняхъ развитія, то сравненіе для практической цѣли должно опредѣляться самою этою цѣлью. Сравненіе ради теоріи оказывается очень полезнымъ для пополненія и провѣрки отрывочныхъ данныхъ о бытѣ народномъ на первыхъ ступеняхъ развитія. Такъ, напр., описаніе современнаго состоянія нѣкоторыхъ племенъ Индіи проли-

ваетъ самый неожиданный и притомъ яркій свѣтъ на древнѣйшій бытъ Кельтовъ, Германцевъ и Славянъ. Что же касается практическихъ цѣлей, то здѣсь сравненіе удобнѣе ограничить извѣстною группою народовъ, гдѣ изучаемыя правовыя нормы особенно развились. Такъ какъ потребности и воззрѣнія европейскихъ народовъ поразительно сходны, то неподлежащее охранѣ государства, а предоставленное нравамъ и обычаямъ въ одной странѣ, обезпечено закономъ въ другой, недоразвившееся въ одномъ государствѣ сложилось въ строго опредѣленный институтъ въ другомъ; даже сами законодательства сплошь и рядомъ находятся между собою въ извѣстной исторической зависимости. Еще важнѣе догматическое сравненіе въ наше время, время кодификацій. При сходствѣ условій, въ сосѣдней странѣ очень часто уже принимались мѣры противъ извѣстнаго зла, и собраны статистическія данныя относительно дѣйствія принятыхъ мѣръ. Тутъ прямо можно съ большимъ успѣхомъ воспользоваться чужимъ опытомъ. Наконецъ, громадный экономическій переворотъ, вызванный стремленіемъ Европы къ владычеству надъ міромъ, машинами, измѣнившими условія производства, распространенными и облегченными путями передвиженія, представляется переворотомъ міровымъ, недостаточно нашедшимъ еще свое выраженіе въ правѣ, а поэтому и необходима совмѣстная работа юристовъ всѣхъ странъ.

Наиболѣе трудною, наиболѣе сложною и наименѣе установившеюся изъ намѣченныхъ нами наукъ является *соціологія*. Уже у своего основателя, Огюста Конта, она представляется то наукою о цѣломъ человѣчествѣ, какъ о чемъ-то единомъ, происходящемъ отъ вліянія каждаго поколѣнія на то, которое за нимъ слѣдуетъ, то наукою объ общественныхъ явленіяхъ, понимаемыхъ въ смыслѣ слѣдовъ вліянія предшествующихъ поколѣній на послѣдующія, то наукою о законахъ прогресса. Почти цѣлое столѣтіе, прошедшее отъ возникновенія соціологіи, тоже не дало намъ болѣе точнаго ея опредѣленія. Мнѣ кажется, что за это время прочно установились только два ея признака. Всѣ соціологи безъ исключенія признавали, что она должна смотрѣть на законы обще-

ственныхъ явленій, какъ на законы природы, хотя и не соглашались между собою относительно характера этихъ законовъ, подводя ихъ то подъ законы механическіе, то подъ біологическіе, то психологическіе. Далѣе, попытки Леббока, Фуллье и т. д., и въ особенности Еспинаса, воспользоваться указаніями Конта и включить въ соціологію общества животныхъ, выяснили съ достаточною ясностію рѣзкое различіе человѣческихъ обществъ отъ обществъ животныхъ, такъ что теперь сфера соціологіи ограничивается сферою человѣческой дѣятельности. Одинъ изъ наиболѣе видныхъ современныхъ соціологовъ, Эм. Дюркгеймъ, стремится болѣе точно опредѣлить существо соціальныхъ явленій, видя въ нихъ „каждый образъ дѣйствовать, опредѣленный или нѣтъ, способный производить на индивида внѣшнее принужденіе“ [1]). Если назвать всѣ вѣрованія и всѣ виды вести себя, установленные обществомъ, учрежденіями, то соціологія можетъ быть опредѣлена, говоритъ Дюркгеймъ, какъ наука объ учрежденіяхъ, ихъ происхожденіи и ихъ отправленіяхъ [2]).

Еще менѣе опредѣлился методъ разработки общественныхъ явленій. Огюстъ Контъ и Дж. Ст. Милль признавали соціальные факты фактами психическими, а потому они требовали провѣрки обобщеній, сдѣланныхъ изъ исторіи обществъ и изъ описаній ихъ современнаго состоянія, законами психологіи и этологіи. Психическими данными объясняютъ также общественныя явленія Спенсеръ и Уордъ. Напротивъ того, Дюркгеймъ, единственный оффиціальный представитель соціологіи во Франціи, считаетъ соціологическіе факты фактами особаго рода, не допускающими психологическія объясненія. По мнѣнію Дюркгейма, единственно возможнымъ методомъ раскрытія соціальныхъ законовъ можетъ быть только сравненіе общественныхъ явленій между собою, но при этомъ почти совсѣмъ не примѣнимы изъ индуктивныхъ способовъ изслѣдованія методы согласія, различія и остатковъ; только отъ методы сопутствующихъ измѣненій можно ожидать положи-

---

[1]) Émile Durkheim. Les règles de la méthode sociologique. 2-ое изд. Paris. 1901, стр. 19.

[2]) Тамъ же, стр. XXIII.

тельныхъ результатовъ, такъ какъ она не требуетъ громаднаго количества сравниваемыхъ фактовъ, а можетъ довольствоваться небольшимъ количествомъ, которое вслѣдствіе именно этой сравнительной малочисленности и допускаетъ болѣе обстоятельную критическую оцѣнку сопоставляемыхъ фактовъ.

Не одна изъ предлагаемыхъ мною четырехъ наукъ не сложилась еще въ одно законченное цѣлое; мало того, онѣ рѣдко гдѣ преподаются. Эта ихъ ничтожная распространенность всецѣло объясняется ремесленнымъ характеромъ нынѣшнихъ юридическихъ факультетовъ. Цѣль послѣднихъ— ознакомить будущаго юриста или администратора съ юридическими правилами, которыя ему придется примѣнять въ его служебной дѣятельности. При этомъ, конечно, дѣлаются коекакія и критическія замѣчанія. Такой консервативный пріемъ преподаванія немыслимъ въ настоящее время. Жизнь властно требуетъ реформъ, а реформы могутъ быть только тогда плодотворны, когда онѣ основаны на законахъ, по которымъ существуетъ и развивается общественный бытъ. Безвозвратно прошла пора, когда ожидали реформы отъ произвола монарха, законодателя, учредительнаго собранія; законы открываются въ тиши ученыхъ кабинетовъ, а законодатели только пользуются ими для усовершенствованія дѣйствительности. Чѣмъ больше, слѣдовательно, будетъ такихъ кабинетовъ для изслѣдованія этихъ законовъ, тѣмъ плодотворнѣе будетъ работа законодателя, администратора.

Значеніе *политической исторіи* XVIII и XIX вѣковъ и, въ частности, исторіи международныхъ отношеній мнѣ особенно стало ясно послѣ бесѣды съ Кембриджскимъ профессоромъ Силе, теперь покойнымъ, и тогда уже почтеннымъ старцемъ. Онъ преподавалъ въ теченіе долгой своей жизни политическую исторію послѣднихъ столѣтій, руководствуясь слѣдующими соображеніями. Если въ Германіи съ особенною любовію обращаются къ древности, то потому, что въ ней видятъ наиболѣе чистое проявленіе національнаго духа. Для англичанъ, вообще не любящихъ метафизики, такой взглядъ непонятенъ. Имъ необходимо изложеніе, какъ воз-

никали и разрѣшались въ жизни разнообразные политическіе вопросы и притомъ новаго времени. Англія имѣетъ интересы во всемъ мірѣ; для ея будущихъ дѣятелей парламента, для ея пословъ и консуловъ, для ея торговыхъ агентовъ и т. д. важно знать, въ какія отношенія становилась Англія къ различнымъ державамъ и чѣмъ опредѣлялись эти отношенія. Такимъ образомъ англійская политическая исторія, говоритъ Силе, должна быть практическою подготовкою для различныхъ общественныхъ дѣятелей, должна разъяснять возникновеніе и развитіе англійскихъ интересовъ въ разнообразныхъ странахъ, должна породить здоровый патріотизмъ и воспитывать сознаніе достоинства англійскаго гражданина. Итакъ, политическая исторія служитъ у англичанъ могучимъ средствомъ для поученія и воспитанія наростающихъ поколѣній. Какъ видно, цѣль преподаванія чисто практическая, но она имѣетъ громадное и притомъ многостороннее значеніе. Можно надѣяться, что если-бы у насъ было введено преподаваніе исторіи по той же программѣ, мы менѣе имѣли-бы случая жаловаться на грубое невѣжество, отсутствіе всякаго пониманія интересовъ Россіи, и полный недостатокъ не только національнаго, но даже человѣческаго достоинства у нашихъ дипломатовъ.

Исторія трактатовъ, т. е. разборъ трактатовъ, читается въ Англіи, въ Америкѣ и въ Испаніи (въ Мадридскомъ университетѣ, гдѣ и требуется сдача экзамена изъ исторіи трактатовъ для полученія степени доктора правъ). Значеніе этого предмета уже указано въ предшествующихъ замѣчаніяхъ по политической исторіи. Здѣсь остается добавить, что возникновеніе и рѣшеніе различныхъ международныхъ вопросовъ, конечно, получитъ особенную ясность и живость, когда преподаваніе непосредственно связано съ чтеніемъ самихъ международныхъ договоровъ.

Окидывая прощальнымъ взглядомъ все сказанное нами о преподаваніи на государственно-административномъ отдѣленіи, мы видимъ, что необходимо усилить теоретическій элементъ и поставить его въ основу дальнѣйшаго практическаго изученія государства. Внѣдрить въ сознаніе человѣчества, что

общественный бытъ подлежитъ своимъ незыблемымъ законамъ, передъ которыми воля человѣка также безсильна, какъ передъ законами природы, будетъ величайшимъ благомъ для человѣчества, ибо тогда оно пойметъ, что перевороты совершаются только въ умахъ и что всякое насиліе, откуда оно ни происходило-бы, укрѣпляетъ положеніе того, надъ кѣмъ оно совершается. Реформы безусловно необходимы и притомъ не въ одномъ какомъ либо государствѣ, но реформы эти могутъ быть плодотворно осуществлены посредствомъ созданія необходимыхъ условій для желаемаго результата, а ближайшее опредѣленіе этихъ условій слѣдуетъ искать въ теоріи. Къ теоретическимъ предметамъ должны быть отнесены ученіе о правѣ и государствѣ, политическая экономія, исторія философіи права, и вновь учреждаемые: исторія славянскаго права, сравнительная исторія права, сравнительное правовѣдѣніе, соціологія; къ практическимъ предметамъ должны быть присоединены политическая исторія послѣднихъ вѣковъ и исторія трактатовъ. Преподаваніе теоретическихъ предметовъ правильнѣе всего сосредоточить въ первые годы пребыванія въ университетѣ. Такой системы держится Германія и за нею почти всѣ другія страны. Отличіе составляютъ только Англія и въ особенности Сѣверо-американскіе Штаты. Дѣло въ томъ, что въ обѣихъ странахъ преподаваніе правовѣдѣнія очень долго носило ремесленный характеръ. Въ Америкѣ это поддерживалось еще чрезвычайно сильнымъ стремленіемъ молодежи возможно ранѣе пріобрѣсти экономическую независимость. Съ 80-хъ годовъ, подъ вліяніемъ Германіи, появились попытки въ важнѣйшихъ американскихъ университетахъ, для уже окончившихъ курсъ юридическихъ наукъ, устроить высшіе курсы по теоріи права, государства и общества, характеръ которыхъ разнообразится по различнымъ университетамъ. Итакъ, въ Америкѣ обычныя юридическія знанія, необходимыя для практическихъ цѣлей, пріобрѣтаются въ два, много въ три года, но желающіе послѣ того могутъ еще углубить свои познанія на добавочныхъ высшихъ курсахъ [1]).

[1]) См. объ этомъ мою статью въ Сборникѣ Правовѣдѣнія, т. VI, подъ загла-

Лучше поставлено преподаваніе на *политико-экономическомъ отдѣленіи.* Оно нуждается въ незначительныхъ дополненіяхъ и расширеніяхъ. По примѣрному основному плану къ теоретическимъ предметамъ должны быть причислены общее ученіе о правѣ и государствѣ, исторія и догма римскаго права, политическая экономія, исторія русскаго права, статистика, исторія философіи права, экономическая политика, иностранное государственное право, причемъ самое видное мѣсто отводится политической экономіи. Я уже имѣлъ случай разсмотрѣть, на сколько почти всѣмъ этимъ предметамъ присущи признаки науки. Мы видѣли, что исторіи римскаго и русскаго правъ представляютъ только описанія постепенныхъ измѣненій частнаго и публичнаго права въ римскомъ и русскомъ государствахъ, что статистика является методомъ, что въ иностранномъ государственномъ правѣ дается очеркъ устройства и управленія болѣе или менѣе произвольно выбраннаго государства. Новый предметъ, экономическая политика, долженъ быть признанъ искусствомъ, не наукою; онъ, какъ и финансовое право, почти всецѣло опирается на политической экономіи и отчасти на сравнительной исторіи права и сравнительномъ правовѣдѣніи, чѣмъ и вызываетъ необходимость введенія обѣихъ наукъ въ планъ преподаванія на политико-экономическомъ отдѣленіи. Такимъ образомъ науками въ смыслѣ совокупности свѣдѣній о необходимой связи общественныхъ явленій между собою на нашемъ отдѣленіи могутъ считаться общее ученіе о правѣ и государствѣ, политическая экономія и исторія философіи права; къ нимъ должны быть присоединены сравнительная исторія права и сравнительное правовѣдѣніе, какъ отрасли знанія весьма полезныя для экономической политики. Къ вѣдѣніямъ не строго научнымъ я считаю безусловно необходимымъ присоединить *экономическую исторію* въ смыслѣ историческаго изученія самой экономической дѣйствительности, дающей ключъ къ по-

---

віемъ: юридическое образованіе въ сѣверо-американскихъ штатахъ. Со времени напечатанія статьи немного измѣнилось, какъ я вижу изъ высылаемыхъ мнѣ ежегодныхъ отчетовъ коммисіи по образованію (Report of the commissioner of education, послѣдній отчетъ за 1903 г. вышелъ въ 1905 г.).

ниманію политической экономіи въ ея прошедшемъ и настоящемъ. Экономическая исторія особенно обстоятельно и притомъ отдѣльно отъ политической экономіи (въ Германіи обыкновенно обѣ отрасли знанія сливаются вмѣстѣ) изучается въ англійскихъ и американскихъ университетахъ.

При изложеніи исторіи политической экономіи я считалъ бы особенно необходимымъ обратить вниманіе, по примѣру школы политической науки при Колумбія-коллегіи (Нью-Іоркъ) на *коммунистическія и соціалистическія теоріи*. „Современная организація общества подвержена нападкамъ соціалистическихъ писателей, которые требуютъ многихъ перемѣнъ, особенно въ учрежденіи частной собственности и системѣ свободной конкуренціи. Цѣль курса—описать эти нападки, предлагаемыя измѣненія и желательность или возможность этихъ измѣненій. Въ то же время дается отчетъ о нынѣшнихъ соціалистическихъ движеніяхъ, напр., интернаціоналъ, соціальная демократія и т. д. Этими разсужденіями пользуются для того, чтобы сдѣлать дѣйствительно предметомъ курса соціальную науку, посредствомъ описанія нынѣшнихъ соціальныхъ учрежденій, въ родѣ частной собственности, въ ихъ историческомъ происхожденіи и развитіи и ихъ современномъ оправданіи“ [1]). Эти теоріи нынѣ являются въ родѣ какой-то тайной религіи со своими тайными собраніями, мучениками и т. д. и, какъ все тайное, оказываютъ извѣстное вліяніе на массы. Необходимо публично и притомъ обстоятельно излагать ихъ и подвергнуть научной критикѣ. Вообще, думается мнѣ, нужно болѣе сблизить теорію съ жизнью. Въ этомъ отношеніи мнѣ припоминается университетъ въ Чикаго, гдѣ на высшемъ курсѣ одинъ изъ профессоровъ политической экономіи излагаетъ „жгучіе вопросы“ (burning questions), т. е. такіе вопросы, которые вдругъ выступаютъ съ особою силою и особенно интересуютъ массы. Весьма важно, чтобы съ такими вопросами публика ознакомливалась на собраніяхъ не отъ случайныхъ и часто совсѣмъ не подготовленныхъ ораторовъ, а отъ людей науки.

[1]) Характеристика такихъ курсовъ въ Columbia—college по ея подробной программѣ.

Для разъясненія дѣлаемаго мною различія предметовъ строго научныхъ, описательныхъ и практическихъ я долженъ упомянуть, какъ представляется мнѣ юридическая, политическая и экономическая жизнь человѣчества. Группа людей устраивается и удовлетворяетъ свои потребности вначалѣ не отдавая себѣ отчета. Но уже весьма рано устанавливаются извѣстныя правила поведенія людей, формулируемыя болѣе выдающимися личностями. Такимъ образомъ замѣчается раздвоеніе, съ одной стороны—правила, долженствующія быть примѣненными, съ другой стороны—самые факты удовлетворенія потребностей въ общежитіи, жильѣ, пищѣ и т. д. Сами эти факты происходятъ по законамъ, а потому и отраженія этихъ фактовъ въ мысли общества (обязательныя правила) тоже въ извѣстной степени закономѣрны. Эти правила только въ извѣстной степени закономѣрны потому, что нѣкоторыя уклоненія отъ закономѣрности вносятъ законы мышленія и воля выдающихся людей, устанавливающихъ юридическія правила. Довольно рано появляются зародыши науки въ формѣ извѣстныхъ вѣрованій, а затѣмъ извѣстныхъ идеаловъ. Такъ какъ все совершается въ природѣ по ея законамъ, то случай происходитъ только вслѣдствіе скрещиванія законовъ (смерть выдающагося лица приключается, конечно, по законамъ природы, но можетъ внести элементъ случайности въ общественный бытъ). Не вдаваясь въ описаніе дальнѣйшихъ измѣненій въ человѣческихъ обществахъ, мы уже можемъ намѣтить возможныя отношенія науки къ общественной жизни. Самая простая вещь—описаніе фактовъ, событій (политическая и экономическая исторія); сложнѣе—изложеніе самихъ общеобязательныхъ правилъ, нужныхъ для того, чтобы руководствоваться ими въ жизни (сфера юридическая); для уразумѣнія этихъ правилъ лучше всего выяснить себѣ, какъ они образовались (исторія даннаго права). Но различныя описанія, вполнѣ соотвѣтствующія описанію опытовъ естествоиспытателя въ лабораторіи, очевидно, не могутъ быть отождествлены съ наукою. Какъ въ естественныхъ наукахъ только сравненіе многихъ опытовъ, притомъ дѣлаемое извѣстными научными методами приводитъ къ научнымъ открытіямъ, точно

также и въ сферѣ обществовѣдѣнія, понимая это слово въ самомъ широкомъ смыслѣ, только сравненіе съ примѣненіемъ извѣстныхъ пріемовъ изысканія даетъ научные результаты. Такъ какъ необходимое соотношеніе общественныхъ явленій между собою проявляется во времени и пространствѣ, то и науки будутъ излагать связь явленій или въ послѣдовательной преемственности вѣковъ (политическая экономія, сравнительная исторія права, соціологія, отчасти исторія славянскаго права) или въ извѣстный опредѣленный моментъ времени (сравнительное правовѣдѣніе, соціологія, отчасти статистика).

При сдачѣ экзаменовъ проектъ предложилъ весьма цѣлесообразныя правила, по которымъ предметы съ теоретическимъ характеромъ должны быть выдержаны ранѣе остальныхъ [1]). Можетъ быть было бы полезно вообще допускать студентовъ къ слушанію практическихъ предметовъ только послѣ выдержанія ими подлежащаго испытанія изъ предметовъ съ теоретическимъ характеромъ, какъ это предлагается на медицинскомъ факультетѣ [2]). Необходимо возможно яснѣе дать понять, что вѣдѣнія, описывающія общественныя явленія, какъ въ ихъ сосуществованіи (статистика), такъ и въ ихъ послѣдовательности (исторія фактовъ, исторія права въ данномъ государствѣ, исторія идей), а также науки, излагающія законы общественныхъ явленій (сравнительная исторія права, сравнительное правовѣдѣніе, соціологія, политическая экономія) составляютъ надлежащую основу, даже единственную опору для знанія началъ, долженствующихъ примѣняться въ общественной жизни (всѣ права, экономическая политика).

Мнѣ остается сдѣлать нѣсколько замѣчаній объ усиленіи вліянія университетовъ на общественную жизнь, такъ какъ до сихъ поръ они дѣлали очень мало попытокъ къ тому, чтобы стать умственнымъ центромъ русскаго общества.

Подлѣ оффиціальныхъ преподавателей желательно при-

---

[1]) Второе приложеніе къ проекту стр. 18 и 19.

[2]) Объяснительная записка къ проекту стр. 78—83, 102—114.

глашать возможно часто для цѣлаго ряда лекцій лицъ, особенно хорошо освѣдомленныхъ съ какимъ-либо предметомъ, хотя-бы эти лица и не обладали учеными степенями. Профессоръ, мало сталкивающійся съ жизнью, не всегда въ состояніи съ достаточною полнотою и ясностью представить осуществленіе данныхъ началъ въ дѣйствительности. Судья, прокуроръ, земскій дѣятель, банкиръ, директоръ таможни могутъ дать въ этомъ отношеніи незамѣнимыя не только практическія, но даже и теоретическія указанія. Притомъ сами эти лица, призванныя въ университетъ, конечно, пожелаютъ не уронить себя и пополнятъ свои теоретическія свѣдѣнія, нѣкогда ими вынесенныя изъ стѣнъ университета. И такъ эти лекціи будутъ приносить двоякую пользу, не только слушателямъ, но и самимъ лекторамъ. Здѣсь, дѣйствительно, будетъ происходить взаимное проникновеніе практики и теоріи къ обоюдной выгодѣ.

Одна изъ причинъ, почему и наша школа, и наши университеты мало привлекаютъ къ себѣ вниманіе молодежи, это—ея убѣжденіе, что удѣляемыя въ школахъ и университетахъ знанія мало пригодны для жизни. Вѣра въ истину, находимая въ древности, сильная въ средневѣковьи и въ началѣ новыхъ вѣковъ, подорвана такими мыслителями, какъ Кантъ, Дж. Ст. Милль: отсюда знаніе цѣнится по стольку, по скольку оно приноситъ непосредственную пользу. Вслѣдствіе этого положенія, съ которымъ бороться теперь по крайней мѣрѣ невозможно, необходимо усилить, такъ сказать, контроль самой жизни надъ знаніями. Извѣстный пріемъ такого контроля, кажется мнѣ, могъ бы быть заимствованъ изъ Америки, гдѣ древнѣйшіе и важнѣйшіе университеты управляются лицами, которыя кончили въ нихъ курсъ. Во время выпуска, весною (commemoration day), собираются бывшіе воспитанники и избираютъ изъ среды себя на нѣсколько лѣтъ нѣсколькихъ попечителей, на которыхъ и возлагается управленіе даннымъ университетомъ. Ранѣе окончившіе курсъ такимъ образомъ не прерываютъ свою связь съ университетомъ и заинтересованы въ судьбахъ только что выходящихъ. Прежніе воспитанники въ своемъ егоистическомъ интересѣ (слава

заведенія отражается на нихъ самихъ) стараются подыскать мѣста своимъ младшимъ товарищамъ и при этомъ слѣдятъ, на сколько полученныя ими свѣдѣнія пригодны для дѣйствительности, а въ случаѣ какихъ-либо недостатковъ, освѣдомляютъ объ этомъ попечителей. Такимъ образомъ сама жизнь постоянно провѣряетъ пріобрѣтаемыя для жизни знанія. Я понимаю, что полное примѣненіе такой системы управленія къ государственнымъ университетамъ немыслимо, но думаю, что въ той или другой формѣ можно было бы предоставить извѣстную долю вліянія бывшимъ воспитанникамъ на характеръ университетскаго преподаванія.

При университетахъ должно быть возможно широко развито обученіе народныхъ массъ, какъ это совершается въ Англіи и Америкѣ. Народъ ищетъ знаній и, если ему не доставляютъ ихъ лица, къ тому призванныя, онъ, конечно, будетъ слушать всякаго, кто готовъ поучать его, хотя бы этотъ всякій былъ не только совершенно лишенъ свѣдѣній, но и неспособенъ къ ихъ пріобрѣтенію. Начала, по которымъ должно быть организовано такое обученіе, уже довольно обстоятельно выработаны англо-американскимъ міромъ и легко примѣнимы въ другихъ странахъ; излагать ихъ здѣсь не мѣсто. Замѣтимъ только, что другой путь для удѣленія знаній народу, а именно открытіе народныхъ университетовъ, кажется мнѣ гораздо менѣе желательнымъ. Я видывалъ во время моихъ путешествій немало народныхъ университетовъ и всѣ они носили партійный характеръ; они были основаны съ цѣлью воспитанія народа въ извѣстныхъ воззрѣніяхъ религіозныхъ, національныхъ, консервативныхъ, соціалистическихъ и т. д. и т. д., а это вредно для народа, ибо особое, искусственное освѣщеніе окружающей его дѣйствительности мѣшаетъ ему разглядѣть ее, безпристрастно оцѣнить ее. Если и государственные университеты иногда принимаютъ участіе въ борьбѣ политическихъ страстей, то по крайней мѣрѣ они не съ этою цѣлью основаны. Еще въ началѣ прошлаго вѣка, геніальный основатель соціологіи, Огюстъ Кантъ, указывалъ на опасность для соціолога проникнуться извѣстными общественными убѣжденіями и послѣдующая исторія всецѣло оправ-

дала его мысль. Какъ только ученый обществовѣдъ начинаетъ увлекаться извѣстными религіозными, національными, соціальными и т. д. положеніями, онъ уже утрачиваетъ необходимое для оцѣнки явленій безпристрастіе; онъ перестаетъ быть ученымъ и становится политическимъ дѣятелемъ. Да и сама аудиторія, въ которой могутъ находиться и вѣрующіе и атеисты, и государственники и анархисты, и поклонники частной собственности и коммунисты, начинаетъ чувствовать, что не одною и тою же мѣркою мѣряются всѣ приводимые факты, и поэтому теряетъ къ преподавателю довѣріе. Достигнуть безпристрастнаго отношенія къ общественнымъ явленіямъ можно только всецѣло проникнувшись сознаніемъ закономѣрности общественнаго быта. Когда сильнѣйшее революціонное движеніе и величайшая реакція представляются, говоря словами великаго, недавно усопшаго англійскаго философа, только закономѣрнымъ приливомъ и отливомъ невѣдомаго, тогда, понятно, смолкаетъ всякое возбужденіе и ученый обществовѣдъ чувствуетъ извѣстное даже свое превосходство передъ политическимъ дѣятелемъ, спокойно созерцая для изученія взбоколомученное море человѣческихъ страстей.

Ф. Зигель.

ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО И КОНСТИТУЦІОНАЛИЗМЪ.

Введеніе.

Какъ бы долговѣчными ни казались тѣ формы, въ которыя складывается жизнь общественныхъ союзовъ, въ томъ числѣ и государствъ, онѣ неизбѣжно въ силу законовъ развитія, эволюціи, общественныхъ отношеній, рано или поздно измѣняются, разрушаются и уступаютъ свое мѣсто новымъ формамъ.

Государственный строй и управленіе, весь организующій и опредѣляющій государственную жизнь правопорядокъ, являются тѣми формами, въ которыя складываются взаимныя отношенія членовъ государства, ихъ отношенія къ цѣлому союзу и другимъ общественнымъ союзамъ.

Съ измѣненіемъ условій и содержанія жизни общественнаго союза измѣняются и его формы.

Государство есть общественный союзъ верховнаго принудительнаго властвованія. Его основные элементы: народъ, опредѣленная территорія (по крайней мѣрѣ для всѣхъ осѣдлыхъ народовъ) и власть верховно господствующая въ предѣлахъ этой территоріи надъ всѣми членами союза. Измѣненія въ одномъ изъ этихъ основныхъ элементовъ государства влекутъ соотвѣтственныя измѣненія въ государственномъ цѣломъ. Особенно яркими и рѣзкими являются тѣ измѣненія, которыя вызываются внѣшними въ отношеніи даннаго государства силами, какъ-то: насильственнымъ воздѣйствіемъ на государство

со стороны другихъ государствъ (подчиненіе, завоеваніе); не столь замѣтный и быстрый, но не менѣе глубокій переворотъ въ формахъ государственной жизни влекутъ измѣненія, постепенно совершающіяся внутри самого государства, въ его общественныхъ элементахъ.

Измѣненіе условій общественной жизни, повышеніе или пониженіе экономическаго благосостоянія населенія или отдѣльныхъ его классовъ, ростъ или упадокъ культуры, развитіе общественнаго самосознанія—все это вызываетъ соотвѣтствующія измѣненія въ составѣ и соотношеніи различныхъ общественныхъ элементовъ въ государствѣ, въ содержаніи ихъ интересовъ и направленіи ихъ жизни.

Эти измѣненія, въ свою очередь, съ теченіемъ времени неизбѣжно отражаются на устройствѣ, характерѣ и дѣятельности государства и государственной власти, которая имѣетъ основаніе въ общественныхъ же силахъ и сама представляя собой извѣстнымъ образомъ организованную волю и силу общественнаго союза—государства. Такимъ образомъ измѣняются установившіяся формы отношеній въ государствѣ, измѣняется право, какъ продуктъ общественной жизни и въ то же время ея регуляторъ.

Право, дѣйствующее въ государствѣ, будетъ ли это обычное народное право или законы, исходящіе отъ верховной государственной власти, являются тѣми обязательными правилами, которыми властно опредѣляются не только интересы и отношенія частныхъ лицъ, отношенія координаціи (частное право), но и отношенія публичнаго характера, взаимныя отношенія властвующихъ и подчиненныхъ, отношенія государственнаго властвованія и подданства.

Обезпечивая совмѣстную мирную жизнь членовъ государства, регулируя и умѣряя борьбу разнообразныхъ интересовъ, поддерживая сохраненіе и развитіе общественной солидарности подъ защитой всей организованной власти общественнаго союза, право является необходимымъ и важнѣйшимъ факторомъ государственнаго самосохраненія и развитія.

Ясно, что для выполненія такихъ общественныхъ задачъ государственная власть и устанавливаемое ею право должны

пользоваться необходимымъ авторитетомъ въ массѣ населенія государства или по крайней мѣрѣ въ наиболѣе дѣятельныхъ, сознательныхъ и вліятельныхъ его классахъ.

Власть и право, не соотвѣтствующія болѣе реальному соотношенію общественныхъ матеріальныхъ и моральныхъ силъ въ странѣ, жизненнымъ интересамъ населенія и его представленіямъ объ общественной справедливости и благѣ, быстро утрачиваютъ необходимую моральную опору въ народной массѣ.

„Мнѣ кажется полезнымъ, писалъ въ своихъ „Письмахъ о ста дняхъ“ знаменитый французскій публицистъ Бенжаменъ-Констанъ, чтобы правительство знало, что когда оно угнетаетъ или позволяетъ меньшинству угнетать во имя его, то не нужно устраивать заговоровъ противъ правительства, чтобы его свергнуть.

По мѣрѣ распространенія просвѣщенія и лучшаго разумѣнія людьми своихъ правъ и интересовъ, народы дѣлаютъ свое дѣло, такъ сказать, помимо правительства. Они соглашаются поддерживать и защищать правительство только тогда, когда видятъ въ сохраненіи его ясную и опредѣленную пользу“ [1]). . . .

На правительствѣ лежитъ, поэтому, обязанность внимательно слѣдить за развитіемъ общественной жизни и чутко прислушиваться къ требованіямъ и запросамъ общества, чтобы вводить своевременно необходимыя преобразованія въ государствѣ. Если правопорядокъ, поддерживаемый правительствомъ, сильно отстаетъ отъ требованій постоянно измѣняющейся общественной жизни и рѣзко расходится съ измѣнившимися общественными представленіями объ общественномъ благѣ и справедливости, то такой правопорядокъ не только не поддерживаетъ существованія государства, но вслѣдствіе отсутствія соотвѣтствія между формой и дѣйствительнымъ содержаніемъ общественной жизни обращается въ тяжелыя оковы, давящія жизненныя силы народа и обезсиливающія государство. Дѣйствующее право утрачиваетъ тогда свой авторитетъ,

---

[1]) B. Constant: Lettres sur les cents Jours. P. 1.

осуждается въ общественномъ сознаніи и вызываетъ все болѣе усиливающееся къ нему враждебное отношеніе общества. Упорство и репрессіи правительства еще болѣе усиливаютъ недовольство въ народѣ, и въ дальнѣйшемъ наступаетъ моментъ, когда раздраженныя и ясно сознающія всю невыносимость своего правового положенія, общественныя силы, не имѣя другого выхода, поднимаются на насильственное разрушеніе гибельной для нихъ принудительной правовой оболочки, сковывающей всѣ ихъ насущныя жизненныя требованія.

Государство сходитъ тогда съ пути нормальнаго мирнаго развитія, и переживаетъ сильнѣйшій кризисъ, революцію. Сторонники новаго права, еще не существующаго, но желаннаго и требуемаго, вступаютъ въ рѣшительную борьбу съ сторонниками существующаго положительнаго права, и, слѣдовательно, со всѣми тѣсно связанными съ послѣднимъ интересами.

Такими, направленными на реформы, революціями полна исторія народовъ. Ихъ истинныя причины кроются въ болѣзненномъ состояніи государства, въ рѣзкомъ несоотвѣтствіи сложившихся формъ государственной жизни современнымъ жизненнымъ требованіямъ общества, а не въ одномъ властолюбіи политическихъ авантюристовъ или же въ такъ называемыхъ „крайностяхъ“ тѣхъ или другихъ политическихъ партій, какъ это можно было бы думать, имѣя въ виду лишь чисто внѣшнюю сторону событій въ революціонномъ процессѣ.

Знаменитый нѣмецкій ученый юристъ Іерингъ ярко характеризуетъ эту неизбѣжную борьбу за реформы въ правѣ.

„Очень часто бываетъ, говоритъ онъ, что осуществленіе реформы возможно только путемъ крайне сильнаго вторженія въ область существующаго права и частныхъ интересовъ. Съ существующимъ правомъ въ теченіе долгаго времени настолько крѣпко сплелись интересы тысячей индивидуумовъ, что нѣтъ никакой возможности измѣнить его, не причинивъ существеннаго урона послѣднимъ; поднять вопросъ о такомъ правовомъ положеніи или учрежденіи—это значитъ объявить

войну всѣмъ этимъ интересамъ, вырвать полипъ, который тысячами отростковъ впился въ больной организмъ.

Всякая попытка подобнаго рода вызываетъ въ силу естественнаго самосохраненія самый ярый отпоръ со стороны угрожаемыхъ интересовъ и, конечно, борьбу, въ которой, какъ и во всякой борьбѣ, одерживаетъ верхъ не важность того или другого положенія, но соразмѣрность силъ взаимоборющихся сторонъ, при чемъ нерѣдко получается тотъ же результатъ, какъ и въ параллелограммѣ силъ, т. е. отклоненіе отъ первоначальнаго направленія по діагонали.

Только этимъ и можно объяснить, что учрежденія, надъ которыми общество уже давно произнесло свой явный приговоръ, часто еще долго продолжаютъ свое существованіе; не сила исторической инерціи, а сила сопротивленія связанныхъ съ ихъ сохраненіемъ интересовъ поддерживаетъ ихъ жизнь. Во всѣхъ такихъ случаяхъ, гдѣ существующее право имѣетъ за собою интересы, приходится новому праву вести для своего установленія борьбу, которая иногда продолжается цѣлыя столѣтія. Высшей степени своего напряженія достигаетъ эта борьба, когда интересы приняли видъ пріобрѣтенныхъ правъ. Здѣсь становятся другъ противъ друга двѣ партіи, каждая изъ которыхъ имѣетъ на своемъ знамени святость права; одна святость историческаго права, права прошлаго, другая вѣчно творящагося и обновляющагося права"[1])...

Столкновеніе идеи права съ правомъ историческимъ по отношенію субъектовъ борьбы, поставившихъ на карту всѣ свои силы и все свое существованіе за свои убѣжденія и подлежащихъ божественному приговору исторіи—такое столкновеніе пріобрѣтаетъ характеръ трагедіи.

Всѣ великія пріобрѣтенія, которыми отмѣчена исторія права, какъ уничтоженіе рабства, крѣпостного состоянія, сво-

---

[1]) Ср. также замѣчанія Iellinek'a (Allg. Staatslehre B. I, стр. 323 сл.) о роли консервативнаго и эволюціоннаго элементовъ въ преобразованіи государственнаго правопорядка и въ политической борьбѣ.

Также R. H. von Herrnritt: Die Staatsformals Gegenstand Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsänderung 1901, стр. 47 сл.

боды поземельной собственности, промысла, совѣсти и т. д., говоритъ Іерингъ,—всѣ они достались путемъ упорной, цѣлыя столѣтія продолжавшейся борьбы; нерѣдко цѣлые потоки крови и всегда разрушенное старое право показываютъ тотъ путь, по которому шло новое право. Ибо право есть „Сатурнъ, пожирающій собственныхъ дѣтей“; право только тѣмъ и обновляется, что само уничтожаетъ свое прошедшее . . . . .“ „Но нужно ли намъ сожалѣть, что это такъ“? Спрашиваетъ Іерингъ. „Напротивъ, отвѣчаетъ онъ, именно потому, что право не достигается народомъ безъ труда, не сваливается съ неба, что только путемъ неустанныхъ стремленій, борьбы, труда и крови могутъ они его достигнуть, это обстоятельство и служитъ причиною тѣсной внутренней связи народовъ съ правомъ, связи подобной той, которая устанавливается при рожденіи между матерью и ребенкомъ..... Мать, родившая дитя, не позволитъ его похитить; тѣмъ менѣе позволитъ народъ уничтожить свои права и учрежденія, которыя онъ добылъ кровавымъ потомъ. Не только привычка, но и принесенныя жертвы куютъ ту цѣпь, которая соединяетъ народъ съ правомъ“ [1]).....

Но, разъ съ существующимъ правомъ, какъ это справедливо указываетъ Іерингъ, такъ тѣсно связаны выгоды и интересы цѣлыхъ разрядовъ лицъ, разъ процессъ образованія права, въ томъ числѣ, конечно, и сложившагося исторически, дѣйствующаго права, сопровождается или сопровождался тяжелыми жертвами, которыя дѣлаютъ это право столь дорогимъ для покровительствуемыхъ имъ лицъ и общественныхъ классовъ, то ясно, насколько необходимо при каждой крупной правовой реформѣ, какъ бы она ни представлялась полезной и справедливой, считаться съ исторически сложившимся порядкомъ, со степенью его устойчивости и силами, его поддерживающими. Настоящее тѣсно связано съ прошлымъ и будущее съ настоящимъ. Въ борьбѣ за право будущаго ошибочная оцѣнка силъ сторонниковъ стараго права и вліянія исто-

---

[1]) Іерингъ: Борьба за право. Русск. перев. подъ редакціей Свѣшникова. 1895 г. стр. 18, 22

рически сложившагося уклада отношеній на дальнѣйшее развитіе общественной жизни столь же опасна для реформаторовъ, какъ и неразумное упорство, косность и пренебреженіе къ реформаторскимъ стремленіямъ широкихъ общественныхъ слоевъ опасно для защитниковъ стараго порядка. При сколько-нибудь относительномъ равенствѣ борющихся общественныхъ силъ необходимъ своевременный компромиссъ интересовъ, крайняя напряжимость и упорство въ борьбѣ дѣлаетъ ее крайне затяжной и острой, влечетъ за собой быстро развивающуюся анархію и истощаетъ всѣ жизненныя силы государства. При такихъ условіяхъ государству грозятъ самыя роковыя послѣдствія: оно легко дѣлается жертвой внѣшняго завоевателя или свирѣпыхъ, разрушительныхъ и деморализующихъ всю общественную жизнь внутреннихъ диктатуръ.

Въ настоящее время Россія переживаетъ именно такой опасный государственный кризисъ. Единственный выходъ изъ него давно указанъ уже всѣми культурными элементами народа.

Онъ заключается въ скорѣйшемъ преобразованіи государственнаго строя Россіи на началахъ свободнаго правового государства.

Безъ такого преобразованія не могутъ быть надлежащимъ образомъ удовлетворены важнѣйшія экономическія и культурныя нужды населенія.

Необходимость такого преобразованія признана уже и правительствомъ. Это видно особенно изъ возвѣщенныхъ Высочайшимъ манифестомъ 17 октября 1905 г. преобразованій и прямо выражено въ Всеподданнѣйшемъ докладѣ статсъ-секретаря графа Витте, получившемъ санкцію Монарха въ надписи „принять къ руководству“.

„Волненіе, охватившее разнообразные слои русскаго общества, говорится въ этомъ докладѣ, не можетъ быть разсматриваемо, какъ слѣдствіе частичныхъ несовершенствъ государственнаго и соціальнаго устроенія или только какъ результатъ организованныхъ дѣйствій крайнихъ партій. Корни этого волненія, несомнѣнно, лежатъ глубже. Они—въ нарушенномъ равновѣсіи между идейными стремленіями русскаго мысля-

щаго общества и внѣшними формами его жизни. Россія переросла форму существующаго строя. Она стремится къ *строю правовому на основаніи гражданской свободы*" [1])

Въ чемъ же заключается сущность правоваго государства?

Правовое государство.

Глава I.

„Правовое государство"—терминъ сравнительно недавняго происхожденія. Онъ былъ введенъ въ обращеніе извѣстнымъ нѣмецкимъ государствовѣдомъ Робертомъ фонъ-Молемъ въ тридцатыхъ годахъ XIX-го вѣка [2]). Но то представленіе, которое теперь соединяется съ этимъ словомъ, явилось результатомъ многовѣкового развитія политической жизни и правовой мысли современныхъ культурныхъ народовъ. Начала правового государства выяснялись и утверждались въ борьбѣ европейскихъ народовъ за право и свободу противъ произвола правительствъ и безграничныхъ притязаній государственной власти, начиная съ XVI-го вѣка [3]), и особенно противъ всеобъемлющей и подавляющей опеки бюрократически-полицейскаго государства XVII-го и XVIII вѣковъ.

Установившаяся почти повсюду въ Европѣ, за исключеніемъ Англіи, сильная самодержавная монархическая власть уничтожила то раздробленіе политической власти, которое произошло въ феодальную эпоху среднихъ вѣковъ и объединило народы въ сильныя національныя государства. Опираясь на сильную армію, окруживъ себя многочисленнымъ, преданнымъ и хорошо организованнымъ чиновничествомъ, королевская власть стала самовластно распоряжаться всей жизнью государства.

Она уничтожила и тѣ остатки средневѣковыхъ вольностей

---

[1]) Курсивъ нашъ.

[2]) Robert v. Mohl: Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats 1832.

[3]) См. Паліенко, Суверенитетъ: ист. развитія идеи суверенит. ст. 107.

и сословныхъ правъ, которые могли бы оказать нѣкоторую сдержку деспотическимъ притязаніямъ правительства.

Народъ былъ совершенно устраненъ отъ всякаго участія въ законодательствѣ и управленіи страной и подвергнутъ подавляющей правительственной опекѣ. Отчужденіе между правительствомъ и обществомъ все болѣе росло. Истина, что каждая власть прежде всего зиждется на уваженіи и преданности къ ней народныхъ массъ и существуетъ лишь для блага народа, игнорировалась, хотя правительство часто ссылалось на „благо народное“ и въ такихъ своихъ мѣропріятіяхъ, которыя не имѣли съ этимъ благомъ ничего общаго. Лишь высшіе классы, духовенство и дворянство, изъ которыхъ набиралось чиновничество и придворная знать, встрѣчали покровительство и получали все большія привилегіи въ ущербъ остальной массѣ населенія, жизнь котораго становилась все тяжелѣе. Законность все болѣе падала. Прежде существовало еще особое различіе между закономъ и простымъ правительственнымъ распоряженіемъ. Но значеніе закона, этого высшаго для всѣхъ правила въ государствѣ, которому не могутъ противорѣчить никакія распоряженія правительства, было подорвано послѣ того, какъ монархи сдѣлались его исключительными творцами и даже объявляли себя стоящими выше всякаго закона, хотя бы то былъ основной законъ страны; всякая воля монарха, какъ бы она ни выражалась, получила вслѣдствіе этого ту же силу, что и законъ [1]).

Въ государствахъ абсолютныхъ, гдѣ вся государственная власть сосредоточена въ рукахъ одного лица или учрежденія, законность по одной уже той причинѣ не можетъ утвердиться, что за отсутствіемъ дѣйствительнаго разграниченія функцій государственной власти, законодательства и управленія, происходитъ постоянное смѣшеніе законовъ съ правительственными распоряженіями уже въ высшемъ источникѣ власти, откуда уже это смѣшеніе распространяется по всей сферѣ правительственнаго механизма и государственной жизни.

[1]) Противъ этого порядка энергично протестовали во Франціи, въ дореволюціонной Франціи передъ революціей, судьи, парламенты, но были приведены къ молчанію репрессивными мѣрами правительства.

Подобное сліяніе властей или точнѣе государственныхъ функцій, а какъ справедливо указывалъ Монтескье и другіе политическіе мыслители, и какъ это показалъ опытъ, грозитъ величайшей опасностью гражданской свободѣ и подрываетъ необходимыя основы правомѣрнаго управленія.

Начало законности подавляется началомъ цѣлесообразности и правительственнаго усмотрѣнія. Твердыя положенія закона совершенно подрываются измѣнчивыми и произвольными распоряженіями и актами правительства.

Опираясь на волю неограниченнаго монарха или данныя имъ полномочія, могущественная администрація дѣйствовала вполнѣ свободно, дискреціонно, руководствуясь лишь такъ называемыми „видами правительства". Политически безправное населеніе постоянно терпѣло произвольныя посягательства на свою жизнь, совѣсть, честь, свободу и имущество отъ всякаго рода управителей. Всякіе союзы, собранія преслѣдовались, какъ опасныя для правительства.

Печать была сдавлена цензурой и карами. Общественная самодѣятельность совершенно подавлена.

Хозяйственная и культурная жизнь населенія была подвергнута строжайшей полицейской опекѣ. Средства государства безполезно и безконтрольно расходовались и вслѣдствіе этого финансовое положеніе, типичной страны такого порядка, Франціи къ концу XVIII вѣка сдѣлалось прямо критическимъ. Естественно, что эта страна съ подавленной личной и общественной самодѣятельностью, управляемая всемогущими временщиками и отчужденнымъ отъ народа и мало знающимъ его нужды чиновничествомъ, все болѣе приходила въ разстройство, теряла терпѣніе, волновалась, и наконецъ, выступила на путь великой революціи, потрясшей всю Европу. Вслѣдъ за Франціей волны революціоннаго движенія въ теченіе XIX-го вѣка разлились по всѣмъ государствамъ Западной Европы, гдѣ въ томъ или другомъ размѣрѣ господствовали тѣ же порядки, что и во Франціи. Это революціонное движеніе, несмотря на его превратности, привело повсюду въ Западной Европѣ къ крушенію стараго абсолютнаго и полицейскаго государства и постепенному утвержденію началъ конституціоннаго правового государства.

Образомъ правового и конституціоннаго государства послужили для европейцевъ Англія и Сѣвѣроамериканскіе Соединенные Штаты.

Первая своими представительными учрежденіями, соотношеніемъ властей законодательной, судебной и правительственной, а также гарантіями гражданской свободы, а Сѣвероамериканскіе штаты также своими писанными конституціями, декларацiями правъ гражданъ, союзнымъ строемъ и демократическими республиканскими принципами.

Разъясненію и проведенію въ жизнь идеи правового государства особенно способствовали представители либеральной доктрины естественнаго права и особенно конституціонной доктрины, начиная съ 17-го вѣка.

Въ ученіяхъ конституціоналистовъ особенно ярко проявилось стремленіе ввести государственное властвованіе въ правовыя границы и отрицательное отношеніе къ безграничности, абсолютизму государственной власти, въ чьихъ бы рукахъ она не находилась (монарха или народа).

Сущность конституціонализма именно и состоитъ въ установленіи системы правовыхъ гарантій противъ произвола власти, въ признаніи гражданской свободы и политическихъ правъ подданныхъ.

Подъ свѣжимъ и печальнымъ воспоминаніемъ произвола абсолютнаго монархическаго режима и королевскаго суверенитета „Божіей милостью", французская революція провозгласила демократическій принципъ народнаго суверенитета, и французское учредительное собраніе въ засѣданіяхъ 20—26 августа 1789 г. выработало и провозгласило по образцу американскихъ биллей о правахъ знаменитую декларацію правъ человѣка и гражданина.

Какъ говорится во введеніи къ этой декларацiи „Представители французскаго народа, принимая во вниманіе, что пренебреженіе или забвеніе правъ человѣка суть единственныя причины общественныхъ несчастій и порчи правительствъ, рѣшились изложить въ торжественной декларацiи естественныя, неотъемлемыя и священныя права человѣка, дабы это объявленіе, будучи постоянно въ виду всѣхъ членовъ об-

щества, непрерывно напоминало бы имъ объ ихъ правахъ и обязанностяхъ, дабы дѣйствіе властей законодательной и исполнительной, будучи постоянно сравниваемы съ цѣлью всякаго политическаго учрежденія [1]), были бы болѣе уважаемы; чтобы требованія гражданъ, основанныя отнынѣ на началахъ простыхъ и безспорныхъ, обращались всегда къ поддержанію конституціи и благу всѣхъ".

Несмотря, однако, на столь торжественно провозглашенныя „священныя" права, революціонныя правительства Франціи не стѣснялись попирать эти права во имя народнаго верховенства и въ интересахъ якобы „общественнаго блага".

При такихъ условіяхъ демократическій принципъ народнаго суверенитета, замѣнившій суверенитетъ абсолютнаго монарха и провозглащенный въ качествѣ важнѣйшей гарантіи политической свободы и правъ гражданъ, получалъ значеніе той же абсолютной власти и въ дѣйствительности грозилъ подъ знаменемъ гражданской свободы вновь создать во Франціи систему государственнаго абсолютизма со всѣми ея печальными послѣдствіями [2]).

Противъ такого пониманія верховной власти народа выступалъ еще Сійесъ въ своей рѣчи въ учредительномъ собраніи 2 термидора III года; „Замѣтьте, говорилъ Сійесъ, что я говорю именно о народномъ верховенствѣ, такъ какъ только оно и можетъ быть признано. Это слово представляется воображенію столь колоссальнымъ только потому, что умъ французовъ, еще полный монархическихъ предразсудковъ, вмѣнилъ себѣ въ обязанность надѣлить народное верховенство всѣми унаслѣдованными пышными аттрибутами, которыми блистали узурпированныя верховенства. Я же говорю, что по

---

[1]) Цѣль же эта въ § 2 декларацiи опредѣляется, какъ „сохраненіе естественныхъ и неотчуждаемыхъ правъ человѣка; эти права суть свобода, собственность, безопасность и сопротивленіе насилію".

[2]) Теоретическія основанія для такого пониманія начала народнаго верховенства были даны уже въ ученіи Руссо; террористы демагоги великой французской революціи на дѣлѣ показали все грозное практическое значеніе этого отвлеченнаго принципа безграничнаго верховенства народа. См. также замѣчаніе Eötvös: Der Einfluss der herrschenden Ideen des 19 Jahrhunderts auf den Staat I Th. 1854 стр. 411—413.

мѣрѣ просвѣщенія и удаленія отъ тѣхъ временъ, когда полагали, что знаютъ, а на самомъ дѣлѣ только хотѣли, понятіе верховной власти, суверенитета, войдетъ въ свои истинныя границы, такъ какъ, повторяю еще разъ, суверенитетъ народа не можетъ быть неограниченнымъ... Предѣломъ всякаго общественнаго учрежденія является индивидуальная свобода".

Съ особенной силой убѣжденія и краснорѣчія выступилъ противъ принципа безграничности верховной власти одинъ изъ главнѣйшихъ представителей конституціонализма въ первой половинѣ 19-го вѣка, Бенжаменъ Констанъ въ своихъ „Принципахъ политики". (1815 г.).

Хотя возраженія Бенжамена Констана направлены собственно противъ безграничности народнаго суверенитета, но они имѣютъ общій характеръ, будучи направлены вообще противъ абсолютизма верховной власти, и заслуживаютъ самаго глубокаго вниманія.

Бенжаменъ Констанъ начинаетъ съ утвержденія, что принципъ народнаго суверенитета, т. е. верховенства общей воли, не можетъ быть оспариваемъ. Искаженія этого принципа приводили, говоритъ Констанъ, лишь къ бѣдствіямъ и преступленіямъ. Законъ долженъ быть выраженіемъ воли всѣхъ или только нѣкоторыхъ.

Въ послѣднемъ случаѣ каковъ источникъ этой привилегіи меньшинства?

Если это сила, то сила принадлежитъ тому, кто ее захватитъ. Сила не составляетъ права, и если признать ее законной, то тогда безразлично, кто ею обладаетъ, и всякій пожелаетъ въ свою очередь захватить ее.

Если же признать, что меньшинство получаетъ власть въ силу согласія всѣхъ, то тогда эта власть обращается въ общую волю.

Этотъ принципъ одинаково примѣнимъ ко всѣмъ учрежденіямъ. Теократія, монархія и аристократія являются общей волей, лишь когда онѣ властвуютъ надъ умами, въ противномъ же случаѣ онѣ представляютъ собой только силу. Но, признавая права этой общей воли, народнаго суверенитета,

необходимо точно опредѣлить ея природу и объемъ, иначе торжество теоріи превратится въ несчастіе при ея практическомъ примѣненіи. Отвлеченное признаніе народнаго суверенитета нисколько не увеличиваетъ суммы индивидуальной свободы.

Если приписывать суверенитету такой объемъ, котораго онъ не долженъ имѣть, свобода можетъ погибнуть.

Когда утверждаютъ, что суверенитетъ народа безграниченъ, то въ обществѣ создаютъ слишкомъ большую власть, всё равно въ какихъ бы рукахъ она не находилась, у одного, у нѣкоторыхъ, или у всѣхъ—всё это зло.

Дѣло не въ носителяхъ власти, а въ самой власти: ее нужно ограничить.

Противъ оружія, а не противъ держащей его руки нужно направить усилія. Есть массы слишкомъ тяжеловѣсныя для рукъ человѣческихъ. Въ пренебреженіи этой истиной заключалась ошибка тѣхъ, которые въ своей добросовѣстной любви къ свободѣ вручали народу безграничную власть, чтобы отнять ее отъ одного или нѣсколькихъ, злоупотреблявшихъ ею. Они достигали этимъ лишь перемѣщенія власти изъ однѣхъ рукъ въ другія, но зло оставалось неизмѣннымъ. Ошибочно думать, что общество въ цѣломъ обладаетъ безграничнымъ суверенитетомъ надъ своими членами. Совокупность гражданъ—суверенъ лишь въ томъ смыслѣ, что ни одинъ индивидъ, партія или часть общества не могутъ обладать суверенитетомъ, если онъ имъ не делегированъ. Но отсюда еще не слѣдуетъ, что суверенная совокупность гражданъ или делегаты ея суверенитета могутъ суверенно располагать существованіемъ индивидовъ. Суверенитетъ существуетъ лишь въ ограниченномъ и относительномъ видѣ. Юрисдикція суверенитета кончается тамъ, гдѣ начинается индивидуальная жизнь и независимость. Общество, переступающее эти предѣлы, является столь же виновнымъ, какъ и деспотъ, опирающійся лишь на свой мечъ. Превышая свою компетенцію, общество дѣлается узурпаторомъ, а большинство возмутителемъ.

Ничто не можетъ санкціонировать подобные акты.

Власть, хотя бы она исходила отъ цѣлой націи, перестаетъ быть законной.

Руссо пренебрегъ этой истиной, и вотъ почему его общественный договоръ съ полнымъ и безусловнымъ отчужденіемъ всѣхъ правъ индивидомъ обществу, на который столь часто ссылались въ интересахъ свободы, явился самымъ страшнымъ пособникомъ всякаго рода деспотизма. Актъ, творимый во имя всѣхъ, необходимо находится въ распоряженіи одного или нѣсколькихъ лицъ, поэтому ложно утвержденіе Руссо, будто отдаваясь всѣмъ, не отдаются въ сущности никому.

Напротивъ, предаютъ себя тѣмъ, кто дѣйствуетъ во имя всѣхъ. Индивиды тутъ не только не пріобрѣтаютъ обратно отъ общества того, что отдаютъ ему, но возникаетъ сила, которая можетъ отнять у нихъ все, что они имѣютъ.

Руссо самъ испугался послѣдствій своего ученія. Не зная, кому вручить такую огромную власть, онъ нашелъ единственное предохранительное средство противъ подобнаго суверенитета, но и то неудачное.

Именно Руссо объявилъ суверенитетъ неотчуждаемымъ, неделигируемымъ и непредставляемымъ, другими словами сдѣлалъ невозможнымъ самое его осуществленіе, и, такимъ образомъ Руссо разрушилъ фактически тотъ принципъ, который самъ провозгласилъ. Сторонники деспотизма были болѣе откровенны въ своихъ выводахъ, когда они исходили изъ такихъ же основаній, какъ и Руссо, такъ какъ они благопріятствовали ихъ цѣлямъ. Человѣкъ съ наибольшимъ талантомъ, возведшій деспотизмъ въ систему, Гоббесъ, поспѣшилъ признать, что суверенитетъ неограниченъ, чтобы затѣмъ доказать законность абсолютнаго правленія одного лица.

Суверенитетъ, говоритъ онъ, абсолютенъ. Но эта истина признавалась во всѣ времена даже тѣми, которые устраивали бунты и возбуждали къ гражданскимъ войнамъ. Цѣлью ихъ было не поглощеніе суверенитета, а лишь перемѣщеніе въ другія руки его осуществленія.

И народъ у Гоббеса лишается своего абсолютнаго суверенитета въ пользу монарха, который тогда дѣлается законнымъ обладателемъ такого суверенитета. Изъ такого абсолютнаго

суверенитета Гоббесъ путемъ цѣлаго ряда софизмовъ выводитъ заключеніе объ абсолютномъ правѣ суверена наказывать, воевать и законодательствовать; нѣтъ ничего болѣе ложнаго! Суверенъ имѣетъ право наказывать, но лишь за виновныя дѣйствія, право воевать, но лишь для защиты общества, право издавать законы, но только такіе, которые необходимы и согласны съ справедливостью.

Слѣдовательно, нѣтъ ничего абсолютнаго и произвольнаго въ этихъ аттрибутахъ. При абсолютномъ же суверенитетѣ не можетъ быть и рѣчи о свободѣ, спокойствіи и счастьи, каковы бы ни были учрежденія. Народное правленіе обращается въ этомъ случаѣ въ конвульсивную тираннію, монархическое же въ концетрированный деспотизмъ.

Когда суверенитетъ неограниченъ, нѣтъ средства обезопасить индивидовъ отъ правительствъ. Напрасно прибѣгать здѣсь къ подчиненію правительства общей волѣ, такъ какъ все-таки правительство здѣсь диктуетъ свою волю, и всякія предосторожности являются иллюзорными.

Никакая организація власти не предохраняетъ отъ этой опасности. Можно раздѣлить власти: но, если вся сумма ихъ неограничена, то стоитъ раздѣленнымъ властямъ соединиться и деспотизмъ болѣе неустранимъ. Важно не то, чтобы такая то власть не могла нарушить наши права безъ согласія другой, но чтобы всѣмъ властямъ было воспрещено такое нарушеніе, чтобы было объявлено, что ни законодательная ни исполнительная власти не могутъ касаться извѣстныхъ объектовъ, что суверенитетъ ограниченъ.

Вотъ важная истина, вѣчный принципъ, который долженъ быть провозглашенъ. Нѣтъ неограниченной власти на землѣ, ни власти народа, ни тѣхъ, которые называютъ себя его представителями, ни власти монарховъ, изъ какого бы основанія не исходила ихъ власть, ни власти закона, который, будучи выраженіемъ воли народа или монарха, смотря по формѣ правленія, долженъ быть заключенъ въ тѣ же границы, какъ и самая власть, отъ которой онъ исходитъ.

Граждане обладаютъ индивидуальными правами, независимыми отъ всякой общественной или политической власти,

и всякая власть, нарушающая эти права, обращается въ незаконную.

Эти права гражданъ—индивидуальная свобода, свобода религіозная, свобода мысли и ея публичнаго выраженія, право собственности и гарантія противъ всякаго произвола. Всякій авторитетъ, посягающій на эти права, посягаетъ на свое собственное основаніе.

Неисполненіе закона, который кажется несправедливымъ есть всеобщая, безусловная, положительная обязанность. Притомъ эта сила, заключающаяся въ простомъ неисполненіи несправедливыхъ законовъ, не влечетъ за собой ни переворотовъ, ни революцій, ни безпорядковъ.

Ничто не оправдываетъ человѣка, дающаго поддержку закону, который онъ считаетъ несправедливымъ. Мы должны приносить общественному спокойствію много жертвъ: мы погрѣшимъ противъ морали, если въ силу непоколебимой привязанности къ своимъ правамъ, будемъ сопротивляться всѣмъ законамъ, которые покажутся намъ посягающими на эти права.

Но никакой долгъ не связываетъ насъ по отношенію къ тѣмъ законамъ, которые своимъ растлѣвающимъ вліяніемъ угрожаютъ благороднѣйшей части нашего существованія, и не только ограничиваютъ наши законныя вольности, но предписываютъ намъ дѣйствія, противныя вѣчнымъ началамъ справедливости и милосердія, несоблюденіе которыхъ всегда принижаетъ и искажаетъ человѣческую природу.

Итакъ, заключаетъ Бенжаменъ Констанъ, суверенитетъ народа не абсолютенъ: онъ ограниченъ тѣми предѣлами, которые ему предначертаны справедливостью и индивидуальными правами.

Представители же народа не имѣютъ права дѣлать то, на что сама нація не имѣетъ права.

Никакой монархъ, на чемъ бы онъ ни основывалъ свою власть, на божественномъ ли правѣ, на правѣ завоеванія, или на волѣ народа, не обладаетъ безграничной властью. Богъ, если вмѣшивается въ человѣческія дѣла, санкціонируетъ лишь справедливое. Право завоеванія есть только сила, но не право.

Согласіе народа не можетъ узаконить то, что само по себѣ незаконно, такъ какъ народъ не можетъ никому передать власть, которой онъ самъ не имѣетъ.

Но возможно ли ограничить суверенитетъ? Существуетъ ли сила, могущая помѣшать суверену переступать предѣлы, ему предначертанные? Могутъ сказать, что путемъ искусственныхъ комбинацій можно ограничить власть, раздѣливъ, противопоставивъ и приведя въ равновѣсіе различныя ея части. Но какъ сдѣлать, чтобы вся сумма власти не была неограниченной? Какъ ограничить власть иначе, какъ черезъ власть же?

Безъ сомнѣнія, недостаточно отвлеченнаго ограниченія суверенитета. Нужно отыскать начала политическихъ учрежденій, которыя бы такъ комбинировали интересы различныхъ носителей власти, чтобы самой явной, прочной и надежной выгодой для каждаго изъ нихъ было бы держаться предѣловъ своей компетенціи. Но самое главное — компетенція и ограниченіе суверенитета, такъ какъ, прежде чѣмъ организовать предметъ, нужно опредѣлить его природу и объемъ. Во-вторыхъ, не преувеличивая, какъ это дѣлали часто философы, вліянія истины, можно утверждать, что, какъ скоро извѣстные принципы вполнѣ и ясно доказаны они нѣкоторымъ образомъ сами себя гарантируютъ, такъ какъ ихъ очевидность создаетъ общественное мнѣніе, которое скоро дѣлается побѣдоноснымъ. Если признано, что суверенитетъ небезграниченъ, что на землѣ нѣтъ неограниченной власти, то никто никогда не посмѣетъ ссылаться на подобную власть. Опытъ доказываетъ это. Самыя страшныя проявленія деспотизма одного лица имѣли часто своимъ источникомъ доктрину о всемогуществѣ власти.

Итакъ, ограниченіе суверенитета дѣйствительно и возможно. Оно обезпечивается во-первыхъ силою, гарантирующею всѣ признанныя истины, общественнымъ мнѣніемъ, и еще точнѣе распредѣленіемъ (distribution) и равновѣсіемъ властей. Но прежде всего, говоритъ Бенжаменъ Констанъ, нужно начать съ самаго признанія этого спасительнаго начала—

ограниченности верховной власти. Безъ этой предосторожности все будетъ безполезнымъ [1]).

Взгляды Бенжамена Констана на характеръ отношеній государственной власти къ подданнымъ ярко характеризуютъ либеральныя политическія воззрѣнія первой половины 19-го вѣка. Подобно Бенжамену Констану и другіе конституціоналисты этого времени полагали въ основаніе всѣхъ отношеній государства къ личности принципъ индивидуальной свободы, поэтому они требовали конституціоннаго ограниченія государственной власти основными правами гражданъ и такой организаціи этой власти, при которой политическая свобода была бы прочно обезпечена.

Писанная конституція, какъ верховный законъ государства, должна была точно опредѣлить организацію верховной власти, компетенцію важнѣйшихъ органовъ государства, незыблемыя права гражданской свободы и участіе народа черезъ своихъ свободно избранныхъ представителей въ осуществленіи законодательной власти и контролѣ надъ правительствомъ.

Народное представительство, какъ верховная гарантія правъ гражданъ и интересовъ народа, распредѣленіе законодательной, исполнительной и судебной функцій государственной власти между различными самостоятельными органами (принципъ т. наз. обособленія и равновѣсія властей), защита правъ гражданъ и отвѣтственность должностныхъ лицъ передъ независимыми судами—таковы были тѣ основныя и необходимыя гарантіи политической свободы, которыя съ величайшей энергіей отстаивала либеральная конституціонная доктрина, оказывая руководящее вліяніе на соотвѣтственное преобразованіе государственнаго строя.

Въ этомъ, безспорно, заключается ея большая заслуга въ исторіи развитія правового государства.

Но либеральная индивидуалистическая реакція противъ государственнаго абсолютизма и системъ правительственной

[1]) Benjamen Constant: Cours de politique constitutionelle изд. Laboulaye 1861 t. I, ch. I.

опеки привела съ другой стороны и къ крайнему преувеличенію роли личности въ государствѣ, значенія ея свободной иниціативы и самодѣятельности для устраненія общественныхъ золъ, а равно къ преувеличенной оцѣнкѣ значенія гарантированныхъ конституціей правъ гражданской свободы и формальнаго равенства передъ закономъ въ дѣлѣ устроенія всеобщаго благополучія гражданъ и государства. Индивидуалистическое ученіе о правовомъ государствѣ (Локка, Канта, Вильгельма Гумбольдта, Бенжамена Констана и многихъ другихъ либеральныхъ философовъ, экономистовъ и публицистовъ) ограничивало цѣль государства лишь обезпеченіемъ права, и именно защитой правъ гражданъ, и до крайности суживало сферу государственнаго управленія и вмѣшательства государства въ общественную жизнь въ цѣляхъ положительнаго содѣйствія экономическому и культурному развитію населенія.

Либеральные политики, какъ, напримѣръ, Бенжаменъ Констанъ, по справедливому замѣчанію Анри Мишеля, теряютъ изъ виду „широкую и великодушную, хотя часто колеблющуюся и туманную мысль философовъ XVIII-го вѣка, не отдѣлявшихъ въ своемъ индивидуализмѣ, требованій индивидуальной свободы отъ усилій необходимыхъ для содѣйствія, хотя бы и съ помощью государства, наиболѣе полному развитію наивозможно большаго числа индивидовъ."

Либеральныхъ политиковъ первой половины 19-го вѣка упрекали, какъ и въ наше время упрекаютъ „буржуазный либерализмъ" въ томъ, что защищая формальное равенство передъ закономъ, индивидуальную свободу и политическія права гражданъ, они защищали въ сущности лишь формальную свободу и интересы экономически и политически сильной части общества, буржуазіи, и упускали изъ виду или даже сознательно игнорировали дѣйствительную свободу личности и интересы тѣхъ экономически подавленныхъ общественныхъ классовъ, участь которыхъ не могла быть улучшена однимъ обезпеченіемъ формальныхъ правъ свободы при проведеніи въ жизнь начала государственнаго невмѣшательства, свободной иниціативы и конкуренціи. На это и обратили вниманіе особенно демократы и соціалисты, требуя

широкихъ общественныхъ реформъ на основахъ соціальной справедливости и государственнаго содѣйствія для улучшенія условій существованія, обездоленныхъ классовъ населенія.

Соотвѣтственно съ этимъ должно было измѣниться и представленіе о сущности и задачахъ правового государства.

Новое ученіе о правовомъ государствѣ не ограничиваетъ дѣятельности государства однимъ установленіемъ и защитой права и обезпеченіемъ правъ гражданской свободы, не видитъ въ государствѣ лишь стража формальнаго права, но признаетъ необходимость осуществленія государствомъ своихъ задачъ соціальнаго устроенія, какъ въ области законодательства, такъ и въ области управленія, путемъ широкой положительной дѣятельности государства въ цѣляхъ культурнаго развитія и улучшенія экономическаго положенія народа, особенно устраненія тяжелыхъ условій существованія обездоленныхъ классовъ населенія.

Въ началѣ 2-й половины 19-го вѣка извѣстный германскій ученый Шталь такъ формулируетъ понятіе правового государства: „Правовое государство—лозунгъ и стремленіе новѣйшаго времени. Государство должно точно опредѣлить и ненарушимо гарантировать пути и предѣлы своей дѣятельности, а также свободную сферу гражданъ.

Оно должно не далѣе осуществлять (принудительно проводить) нравственныя идеи, чѣмъ простирается сфера права. Сущность правового государства—не въ томъ, что государство только поддерживаетъ правовой порядокъ и защищаетъ права гражданъ, не осуществляя административныхъ задачъ, но лишь въ способѣ и характерѣ осуществленія этихъ задачъ“ [1]).

Соотвѣтственно съ такимъ понятіемъ правового государства и настоятельными требованіями самой жизни особенное значеніе и развитіе получаетъ не только такъ называемое конституціонное право, какъ совокупность правовыхъ нормъ, опредѣляющихъ основанія государственнаго устройства,—

---

[1]) Stahl: Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts. 1856. стр. 137 сл.

организацію государственной власти и основныя права граждан, но и административное право, опредѣляющее твердыми правовыми нормами, основанія, нормы и предѣлы дѣятельности государственныхъ органовъ въ различныхъ отрасляхъ управленія.

Такимъ образомъ руководящимъ началомъ дѣятельности органовъ администраціи при осуществленіи различныхъ государственныхъ задачъ признается не только простая цѣлесообразность, но и законность.

Сфера произвольнаго, законнаго усмотрѣнія, дискреціонная власть административныхъ лицъ и учрежденій все болѣе суживается вслѣдствіе распространенія дѣйствія нормъ административнаго права и на свободныя до сихъ поръ отъ законодательнаго регулированія области администраціи.

Признаніе затѣмъ особой публичноправовой сферы различныхъ общественныхъ союзовъ въ государствѣ, развитіе самоуправленія и все прогрессирующее усовершенствованіе и распространеніе судебной защиты правъ гражданъ и союзовъ въ сферѣ публично-правовыхъ отношеній являются дальнѣйшими необходимыми послѣдствіями развитія началъ правового государства въ новѣйшее время.

Глава II-ая.

Развитіе идеи правового государства и осуществленіе ея въ сферѣ публично-правовыхъ отношеній тѣсно связано, какъ мы видѣли, съ развитіемъ такъ называемаго конституціоннаго принципа и его реализаціей въ политической жизни культурныхъ народовъ.

Правовое государство предполагаетъ господство права во всѣхъ сферахъ государственной жизни; оно отрицаетъ всякій абсолютизмъ и произволъ власти и безправіе подвластныхъ, притомъ не только въ области частныхъ отношеній, но и въ области политической, въ отношеніяхъ гражданъ къ государственной власти.

Къ такой именно организаціи государства и стремится конституціонализмъ, такъ какъ сущность его и состоитъ въ

утвержденіи государственнаго властвованія на основахъ законности и гражданской свободы. Конституція, какъ правовой порядокъ, представляетъ собой совокупность публично-правовыхъ гарантій въ интересахъ гражданъ и народа.

По справедливому опредѣленію французскаго юриста Боржо, конституція является „закономъ политической защиты, закономъ гарантій". Гарантіей націи противъ узурпаціи властей, которымъ она ввѣрила осуществленіе верховной власти, также гарантіей меньшинства противъ всемогущества большинства. Этотъ результатъ обыкновенно достигается декларацiей правъ гражданъ, точнымъ опредѣленіемъ организаціи властей и ихъ взаимныхъ отношеній, и въ нѣкоторыхъ случаяхъ еще тѣми или другими спеціальными постановленіями въ виду особенностей политическаго положенія [1]).

Развитіе правового конституціоннаго государства должно было измѣнить представленія о носителѣ государственной власти и правовомъ характерѣ государственной власти [2]).

Въ эпоху абсолютной монархіи неразвитое политическое сознаніе и правовое мышленіе подданныхъ, искусственныя теоретическія построенія писателей абсолютистовъ, и ослѣпленіе своей властью неограниченныхъ правителей выдвинули на первый планъ такое воззрѣніе на государство, при которомъ одинъ изъ элементовъ государства—власть—поглощаетъ или затмеваетъ всѣ остальные элементы; государство какъ бы отождествляется или воплощается въ личности властителя, его волѣ и интересахъ, или же послѣдній возвышается даже надъ государствомъ, какъ надъ предметомъ своего властвованія [3]).

Какъ классическій примѣръ такого воззрѣнія, приводятъ знаменитое изреченіе Людовика XIV-го „Государство—это я"!

Эпоха абсолютной монархіи въ Европѣ представляетъ именно собой такой фазисъ въ развитіи представленій о государственной власти, когда существовали тенденціи считать

[1]) Borgeaud. Etablissement et revision des constitutiones en Amerique et en Europe. Paris. 1893, p. 48.

[2]) См. Объ этомъ—Паліенко: Суверенитетъ 1903. Стр. 309—412.

[3]) Объ отголоскахъ такихъ воззрѣній въ наше время см. Паліенко: Суверенитетъ 1903, стр. 309—335.

эту власть не только безграничною, но и принадлежащею монарху какъ бы на правѣ собственности, независимомъ отъ государства. Абсолютные монархи, въ рукахъ которыхъ находилась вся, ихъ громадными усиліями централизованная и монополизированная, публично-правовая власть, смотрѣли на себя вмѣстѣ съ массой современниковъ, преклонившихся передъ церковнымъ освященіемъ монархической власти, передъ историческими заслугами ея въ дѣлѣ объединенія и упроченія національнаго государства, а также ея внѣшнимъ блескомъ, какъ на властителей Божіей милостью, которымъ принадлежитъ неограниченная власть „по Божіему соизволенію и собственному праву", а не въ силу государственнаго уполномочія, не въ силу публичнаго права страны и признанія народнаго, возложившихъ на монарха функціи высшаго органа государства, или, какъ выражался прусскій король Фридрихъ Великій, обязанности перваго слуги государства. Исторія даже явила примѣры властителей и политическихъ ученій, у которыхъ понятіе права и закона сводилось къ произвольной волѣ правителя, и понятіе государственной власти, къ непризнающей никакихъ границъ, хотя бы въ видѣ чисто объективныхъ правовыхъ нормъ, всепоглощающей власти суверена. У Макіавелли монархъ руководится только личными интересами и чисто субъективными соображеніями монарха о всепоглощающемъ государственномъ интересѣ, у Бодена абсолютная власть измѣряется еще нравственными началами такъ называемаго естественнаго права и религіи, у Гоббеса же и эти моральныя границы почти сводятся къ нулю, и суверенъ, какъ земной богъ, Левіаѳанъ, какъ всепоглощающая сила, царитъ надъ безправной массой подданныхъ. Государство все сводится къ личности этого властителя, подданные же являются его рабами.

На основѣ такихъ воззрѣній нельзя, конечно, говорить о какихъ либо правовыхъ отношеніяхъ между властвующими и подвластными въ государствѣ, какъ нельзя говорить о юридическихъ отношеніяхъ безправнаго раба къ его господину.

Развитіе идеи правового государства и послѣдовательное

осуществленіе ея въ области реальныхъ государственныхъ отношеній нашего времени подорвали теоретическія и фактическія основы подобныхъ политическихъ воззрѣній.

Въ Англіи, гдѣ ранѣе всего утвердились элементарныя начала правового государства, раньше образовалось и правильное воззрѣніе на положеніе представителя верховной власти въ государствѣ. Еще въ XIII-мъ столѣтіи англійскій судья Брактонъ такъ выражаетъ воззрѣніе англійскаго народа на отношеніе королевской власти къ законамъ страны: „король находится подъ Богомъ и закономъ, ибо законъ дѣлаетъ короля. Нѣтъ короля тамъ, гдѣ господствуетъ воля, а не законъ". Закономъ же, какъ говоритъ Брактонъ, считается правило, изданное королемъ съ согласія и совѣта законныхъ представителей народа.

Въ 15-мъ столѣтіи знаменитый англійскій юристъ Джонъ Фортескою въ своемъ сочиненіи „Похвала законамъ Англіи", написанномъ въ руководство наслѣднику англійскаго престола, еще обстоятельнѣе развиваетъ то же воззрѣніе.

Королевская власть въ Англіи, доказываетъ Фортескою, является однимъ изъ установленій національнаго права, учрежденіемъ, поставленнымъ не надъ государствомъ, но въ государствѣ, какъ составная его часть. Права королевской власти опредѣляются законами, установленными съ общаго согласія и ради общаго блага, такъ какъ король существуетъ для государства, а не наоборотъ. Власть короля ограничена законами, установлена для покровительства законамъ, личности и собственности подданныхъ; она исходитъ отъ народа, и король не имѣетъ права управлять на какомъ либо другомъ основаніи.

Это выраженное еще старинными англійскими юристами воззрѣніе на отношеніе представителя верховной власти къ праву и законамъ страны получило дальнѣйшее развитіе въ государственной наукѣ и конституціонномъ строѣ культурныхъ народовъ.

Съ болѣе глубокимъ пониманіемъ сущности государства, съ развитіемъ и выясненіемъ публичноправовыхъ началъ утверждается въ общественномъ сознаніи идея, что власть

государственная не есть власть, принадлежащая лично опредѣленному физическому лицу (напримѣръ монарху) или совокупности лицъ въ государствѣ, но самому общественному союзу—государству, какъ юридически организованному коллективному единству народа въ его прошедшемъ, настоящемъ и будущемъ, какъ моральной личности или юридическому лицу съ юридически организованной волей и властью. Поэтому эта власть должна осуществляться въ различномъ объемѣ и формахъ различными лицами или учрежденіями въ государствѣ не какъ личная ихъ власть, принадлежащая имъ въ силу какого то, независимаго отъ государства, ихъ собственнаго права, и, конечно, не въ личныхъ интересахъ ихъ, а лишь какъ органами государства, во имя и отъ имени всего общественнаго союза, государства, въ силу публичнаго права и въ интересахъ всего союза; это показываетъ и самое названіе этой власти—*государственною*.

Такъ какъ воля и власть государства есть правомъ опредѣленная власть и, слѣдовательно, должна проявляться лишь въ правомѣрныхъ формахъ, то лица и учрежденія, призванныя быть органами государства (монархъ, народные представители, министры, судьи, администраторы), должны дѣйствовать согласно съ правомъ. Они постольку выражаютъ государственную волю, поскольку дѣйствуютъ въ предѣлахъ и формахъ указанныхъ имъ конституціей и вообще законами страны, иначе незаконныя дѣйствія ихъ не могутъ считаться проявленіемъ государственной власти, являются юридически недѣйствительными и даже въ извѣстныхъ случаяхъ преступными, какъ нарушеніе обязанностей, возлагаемыхъ на нихъ государственными законами государства.

Законы государства, равно обязательные для всѣхъ членовъ государственнаго союза, являются ли они властвующими или подвластными. Для монарха, какъ члена государства, осуществляющаго верховныя функціи власти, законъ такъ же обязателенъ, какъ и для послѣдняго подданнаго. И даже лицо или учрежденіе, осуществляющее законодательную власть государства и потому имѣющее право отмѣнять и измѣнять законы, можетъ это дѣлать не иначе, какъ въ порядкѣ и формахъ, указанныхъ законами.

Этимъ объясняется также, почему абсолютный монархъ, октроировавшій, давшій на основѣ своего полновластія, конституцію, ограничивающую его въ осуществленіи государственной власти участіемъ другихъ органовъ, особыми формами проявленія этой власти и правами гражданъ, не можетъ единолично и съ нарушеніемъ формъ и порядка, указанныхъ въ конституціи для ея измѣненія или отмѣны, измѣнить или отмѣнить эту конституцію. Ибо конституція эта является государственнымъ закономъ, возвышающимся надъ монархомъ и обязательнымъ столь же для монарха, какъ и для всякаго члена государства (Равенство передъ закономъ).

Законы—высшая форма права въ государствѣ и высшая форма велѣній государственной власти. Имъ подчинены поэтому всѣ судебные и правительственные акты. Судебныя рѣшенія по самому существу своему, какъ авторитетныя разрѣшенія спора о правѣ или примѣненіе существующихъ уже законовъ къ подсудному дѣлу, необходимо являются подзаконными актами. Но и административные акты и распоряженія, хотя бы это были указы главы правительства, по самому существу своему болѣе свободные отъ регламентированія ихъ закономъ, никакимъ образомъ не могутъ противорѣчить законамъ, измѣнять или отмѣнять ихъ, за исключеніемъ тѣхъ чрезвычайныхъ случаевъ такъ называемой крайней необходимости, когда сами законы предоставляютъ правительству подъ его отвѣтственностью право временной пріостановки дѣйствія тѣхъ или другихъ законовъ.

Логическимъ послѣдствіемъ этого начала законности является законная отвѣтственность за неправильныя и неправомѣрныя дѣйствія всѣхъ лицъ, осуществляющихъ государственную власть.

Однако современное конституціонное право допускаетъ изъ этого принципа всеобщей отвѣтственности исключенія.

Признавая обязательность государственныхъ законовъ для монарха [1]), оно тѣмъ не менѣе устанавливаетъ безотвѣт-

---

[1]) Въ конституціяхъ современныхъ государствъ требуется даже присяга монарха на вѣрность конституціи.

ственность монарха. Нѣкоторые государствовѣды оправдываютъ эту безотвѣтственность тѣмъ, что монархъ, какъ верховный органъ государства, юридически не можетъ имѣть законнаго судьи надъ собой. Но судъ, выполняющій возложенныя на него государствомъ обязанности защищать право, и согласно съ законами постановляющій свой приговоръ надъ правонарушителемъ, какъ бы высоко не было положеніе послѣдняго въ государствѣ, этимъ самымъ лишь исполняетъ свою естественную функцію защиты законовъ государства, а не ставитъ себя въ положеніе высшаго, сувереннаго органа въ государствѣ, посягающаго на права другихъ органовъ. Справедливо, поэтому, замѣчаетъ одинъ нѣмецкій изслѣдователь Ричардъ Пассовъ [1]), что указанный аргументъ въ пользу безоотвѣтственности монарха имѣетъ весьма поверхностный характеръ и не оправдывается даже исторически, такъ какъ, напримѣръ, германское правовое воззрѣніе допускало отвѣтственность монарха [2]).

Но юридическая безотвѣтственность монарха, какъ и президента республики, можетъ быть оправдана политическими соображеніями. „Безотвѣтственность монарха не есть какое то мистическое свойство монарха, говоритъ справедливо Пассовъ, но объясняется соображеніями цѣлесообразности“ [3]).

Устойчивость государственнаго управленія не должна быть нарушаема привлеченіемъ и возможнымъ осужденіемъ главы правительства.

„Объявить въ монархіи монарха отвѣтственнымъ за актъ незаконный или опасный для страны, это значитъ, замѣчаетъ французскій ученый Перрэнъ, низложить его, это—революція.

Возбудить обвиненіе и предать суду въ республикѣ президента значитъ—вызвать опасный кризисъ, столь же грозный, какъ и революція; къ такому крайнему средству можно

---

[1]) Das Wesen der Ministerverantwortlichkeit in Deutschland 1904, стр. 9 сл.

[2]) См. ссылки Passow'а (стр. 6 сл.) на постановленія Саксонскаго и Швабскаго зерцалъ, Золотую буллу Карла IV и др. См. также его замѣчанія относительно англійскаго принципа „Король не можетъ ошибаться“ стр. 11.

[3]) См. также Hold и Ferneck: Die Rechtsmidrigkeit, стр. 173.

прибѣгать лишь какъ къ послѣдней помощи въ случаѣ крайней необходимости"[1]).

Устранивъ отвѣтственность монарха и въ значительномъ объемѣ отвѣтственность президента республики, современное конституціонное право ввело въ качествѣ корректива этой безотвѣтственности отвѣтственность министровъ и за акты главы государства, поэтому, на министровъ возлагается обязанность контрасигнировать всѣ государственные акты главы государства. Правовая отвѣтственность всѣхъ должностныхъ лицъ въ государствѣ составляетъ необходимое требованіе правового государства гарантіи правомощнаго управленія.

Для осуществленія этой отвѣтственности и поддержанія правомѣрности управленія въ государствѣ, необходима организація надлежащей системы контроля надъ управленіемъ и дѣйствіями должностныхъ лицъ. Важнѣйшей задачей конституціоннаго строя является созданіе дѣйствительныхъ гарантій законности и правъ гражданъ.

Правильно устроенные независимые суды (гражданскіе, уголовные и суды для разрѣшенія споровъ о правѣ публичномъ) представляютъ собою лучшую гарантію законности и правъ гражданъ въ повседневной жизни.

Они обезпечиваютъ и правомѣрность управленія, осуществляя глубоко проникающій въ текущую жизнь контроль надъ законностью дѣйствій администраціи; въ этомъ отношеніи ихъ не могутъ замѣнить никакіе другіе виды контроля. Такъ контроль народнаго представительства—контроль общаго характера, по преимуществу политическій, направленный главнымъ образомъ на высшее министерское управленіе; и главное его орудіе, поэтому, политическая отвѣтственность министровъ, отвѣтственность министровъ передъ палатами; въ этомъ отношеніи народное представительство есть важнѣйшая гарантія народныхъ правъ и интересовъ въ отношеніи общаго направленія правительственной политики, но глубоко проникать во всѣ отрасли подчиненнаго и мѣстнаго

---

[1]) F. Perrin. De la responsabilité pénal du chef de l'État et des ministres en France. 1900, стр. 13.

управленія, быть судьей въ вопросахъ права и возстановлять нарушенныя администраціей права гражданъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ этотъ контроль не можетъ и не призванъ по существу, даже независимо отъ свойственной ему партійности [1]).

Контроль правительственный въ порядкѣ надзора высшихъ административныхъ лицъ и учрежденій надъ подчиненными имъ низшими имѣетъ большое значеніе, но административныя учрежденія и лица по составу своему и положенію не обладаютъ ни необходимой организаціей, ни юридическимъ авторитетомъ, чтобы рѣшать споры о правомѣрности дѣйствій администраціи, и прежде всего не могутъ быть судьями въ дѣлѣ, въ которомъ они же сами или исполнительные ихъ органы заинтересованы и являются въ роли отвѣтчиковъ.

Контроль общественный въ видѣ свободы печати, слова, собраній, петицій и т. д. весьма важенъ въ смыслѣ нравственнаго воздѣйствія на управленіе, для раскрытія незаконныхъ дѣйствій и возбужденія вниманія власть имущихъ, но самъ онъ не можетъ возстановить нарушенное право и далеко не всегда дѣйствителенъ.

Остается контроль судебный. Всякое лицо, потерпѣвшее отъ незаконныхъ дѣйствій частныхъ лицъ и администраціи, обратившись къ суду, можетъ найти авторитетную и компетентную защиту своего нарушеннаго права. Разрѣшать авторитетно споры о правѣ и властно возстановлять нарушенныя права—это основная задача суда.

Послѣдовательное проведеніе въ государственную жизнь принципа, что судебный контроль есть необходимое и наилучшее средство къ поддержанію законности въ государствѣ и защиты правъ гражданъ, требуетъ не только распространенія этого контроля на акты управленія, административныя распоряженія со стороны ихъ соотвѣтствія съ закономъ (административная юстиція), но и на область самого законода-

[1]) На опасности для права со стороны парламентской партійности указываетъ теперь спеціально Offner (Die Gefahr des Parlamentarismus für das Recht) въ Archiv f. öffentl. Recht B. XVIII H. 2, 1903.

тельства, на акты законодательныхъ учрежденій, особенно со стороны соотвѣтствія обыкновенныхъ законовъ законамъ высшаго порядка, конституціоннымъ, тамъ, гдѣ послѣдніе имѣютъ высшую юридическую силу въ сравненіи съ первыми.

Справедливо утверждаетъ одинъ изъ новѣйшихъ французскихъ юристовъ. „Если, какъ мы старались это установить, запрещеніе судамъ касаться административныхъ и спеціальныхъ актовъ является исключеніемъ изъ принципа общей компетенціи судьи исключеніе, которое все болѣе и болѣе исчезаетъ, и если право оцѣнки законности административныхъ распоряженій составляетъ естественное необходимое назначеніе судовъ, то судамъ должно быть дозволено примѣнять только истинные законы, то есть такіе законы, которые согласны съ высшими правилами страны, т. е. съ конституціей. Такое изслѣдованіе законовъ столь же мало является посягательствомъ на функцію законодателя, какъ контроль надъ административными распоряженіями узурпаціей функцій администраціи. Ни въ коемъ случаѣ суды не могутъ входить въ обсужденіе пригодности или смысла существованія того или другого общаго текста. Но изслѣдовать данный текстъ, когда заподозрѣна его конституціонность, изслѣдовать, не изданъ ли онъ некомпетентной властью или внѣ предписанныхъ конституціей формъ, представляетъ, по нашему мнѣнію, самое нормальное, правильное и цѣлесообразное осуществленіе функціи судьи...

Отказывать судамъ въ правѣ провѣрять конституціонность законовъ, значитъ давать имъ полномочіе косвенно нарушать конституцію. Послѣдняя, какъ правильно сказалъ Сійесъ, или есть совокупность обязательныхъ законовъ, или—ничто“ [1]). Еще одинъ изъ основателей американской конституціи Гамильтонъ въ журналѣ „Федералистъ“, письмѣ 78, такъ доказывалъ это право судовъ: „Толкованіе законовъ есть функція, спеціально свойственная судамъ. Конституція представляетъ собою въ дѣйствительности основной законъ и таковымъ должна признаваться судьями. Судьи, слѣдовательно,

---

[1]) G. Cahen. La loi et le Réglement. Paris. 1903. стр. 382—386.

имѣютъ такое же право удостовѣряться въ ея значеніи, какъ и въ значеніи каждаго акта, исходящаго отъ законодательнаго собранія.

Въ случаѣ несогласимаго противорѣчія между двумя законодательными актами, естественно долженъ быть предпочтенъ тотъ, который имѣетъ высшую силу. Другими словами, конституція должна быть предпочтена статуту (обыкновенному закону), воля народа—волѣ его должностныхъ лицъ.

Это заключеніе, такимъ образомъ, не предполагаетъ верховенства судебной власти надъ властью законодательной. Оно предполагаетъ лишь, что власть народа выше этихъ обѣихъ властей, и, если воля законодательнаго собранія, какъ она объявлена въ статутѣ, сталкивается съ волей народа, объявленной въ конституціи, судьи должны ставить выше послѣднюю, а не первую. Они должны болѣе сообразовать свои рѣшенія съ основнымъ закономъ, чѣмъ съ закономъ, не являющимся основнымъ". Такое же объясненіе даютъ и всѣ другіе авторитетные истолкователи американской конституціи. Такъ Стари говоритъ: „Конституція есть высшій законъ страны, и при конфликтѣ между ею и законами, изданными конгрессомъ или законодательными собраніями отдѣльныхъ штатовъ, обязанность судебной власти слѣдовать только конституціи, какъ имѣющей высшую силу.

Это вытекаетъ изъ самой теоріи республиканской конституціи; иначе акты законодательнаго собранія и исполнительной власти стали бы фактически суверенными, изъятыми отъ всякаго контроля".

Въ настоящее время право судовъ провѣрять конституціонность законовъ, существуетъ въ Соединенныхъ Штатахъ Сѣверной Америки. Если союзный Верховный судъ или суды отдѣльныхъ штатовъ при разборѣ судебнаго дѣла найдутъ, что такой то законъ противорѣчитъ конституціи, они не примѣняютъ его къ данному дѣлу и къ сторонамъ въ процессѣ. И хотя рѣшеніе суда имѣетъ юридическое значеніе лишь для даннаго дѣла и данныхъ лицъ, но оно фактически получаетъ огромное общее значеніе, такъ какъ фактически парализуетъ примѣненіе признаннаго несогласнымъ съ конституціей за-

кона и въ другихъ случаяхъ; всѣ затронутые этимъ закономъ лица, привлеченныя къ суду за неисполненіе его или сами обратившіяся къ суду, могутъ всегда освободиться отъ примѣненія къ нимъ такого не конституціоннаго закона.

Нѣкоторые англійскіе юристы признаютъи право англійскихъ судовъ не примѣнять законы, несогласные съ конституціей.

Но въ Англіи за отсутствіемъ формальнаго различія между конституціонными законами и обыкновенными, этотъ вопросъ не имѣетъ практическаго значенія. Лишь въ автономныхъ колоніяхъ Англіи, имѣющихъ конституціонные законы, утвержденные Верховной властью метрополіи, суды имѣютъ право провѣрять конституціонность законовъ, исходящихъ отъ колоніальныхъ парламентовъ.

Что касается конституціонныхъ государствъ Западной Европы, то судьи здѣсь не пользуются правомъ не примѣнять законы, несогласные съ конституціей.

Однако среди юристовъ этихъ странъ вопросъ о правѣ судовъ не примѣнять законы, противные конституціи, продолжаетъ быть спорнымъ. Одни, опираясь на тѣ же общія основанія, которыя указаны нами выше, и толкуя тексты конституціи, признаютъ такое право за судами, другіе же отвергаютъ его, доказывая при этомъ, что предоставленіе подобнаго права судамъ не только воспрещено законодательствомъ, но повело бы къ крайне опасному вторженію судовъ въ компетенцію законодателя и поставило бы судъ въ совершенно несвойственное его призванію положеніе органа, возвышающагося надъ органомъ законодательнымъ.

Мнѣніе этихъ юристовъ, поскольку они отвергаютъ логическія основанія въ пользу предоставленія такого прява судами, мы не можемъ признать правильнымъ. Сознаніе необходимости распространить въ интересахъ самой законности область судебнаго контроля и на законодательные акты, стороны соотвѣтствія ихъ конституціоннымъ законамъ, развивается и въ тѣхъ странахъ, гдѣ до сихъ поръ господствовало противоположное отношеніе къ этому вопросу [1]).

---

[1]) См., объ этомъ G. Cahen: La loi et le reglement. 1903 стр. 383 402. Тамъ же опроверженіе мнѣній противниковъ такого права судовъ

Таковы тѣ правовыя начала, которыя лежатъ въ основаніи конституціоннаго государства нашего времени.

Правильную характеристику его даетъ одинъ изъ новѣйшихъ австрійскихъ ученыхъ Дангеръ Фонъ-Коллесбергъ въ слѣдующихъ словахъ: „Признаніе человѣческой личности, ея свободы и неприкосновенности также въ отношеніи къ государственной власти — въ государственномъ и административномъ правѣ, — создало конституціонное правовое государство; оно характеризуется политической свободой гражданъ въ отношеніи государственныхъ законовъ и политической неприкосновенностью ихъ въ отношеніи правительственныхъ распоряженій и актовъ . . . . . .

Особенно важнымъ было признано защитить публичное правоотношеніе гражданъ къ государственной власти отъ нарушеній со стороны администраціи и предоставить гражданамъ достаточную правовую помощь при послѣдовавшемъ правонарушеніи; существенная задача правового государства по преодолѣніи возраженія, что въ административно-правовомъ спорѣ между государствомъ и подданнымъ слѣдуетъ якобы добиваться не строгаго права ради его самого, но рѣшать этотъ споръ также съ принятіемъ въ соображеніе общаго блага и цѣлесообразности состояла въ томъ, чтобы удовлетворить потребности въ обезпенности права также въ сферѣ управленія и организовать правовую защиту для политическихъ правъ подданныхъ.

Большая прочность конституціоннаго (государственнаго) и административнаго права и основанныхъ на немъ политическихъ правъ достигнута такимъ устройствомъ самой законодательной власти, при которомъ нѣсколько органовъ— въ монархіи корона и народное представительство—призваны къ совмѣстному участію въ измѣненіи или отмѣнѣ законовъ (и государственныхъ договоровъ); далѣе во многихъ государствахъ прочность эта достигнута особенно повышенною формальною силою конституціонныхъ законовъ, которыми нормируются важнѣйшія права подданныхъ, и строгимъ регулированіемъ права правительства пріостанавливать дѣйствіе законовъ и издавать чрезвычайные указы“ [1]).

[1]) Dantscher v. Kollesberg: Die politishen Rechte der Unterthanen 1894 стр. 233—234.

Но развитіе правового государства не исчерпывается признаніемъ и укрѣпленіемъ указанныхъ началъ формальной законности и свободы въ области публично-правовыхъ отношеній.

Правовое государство по своей идеѣ есть государство осуществляющее высшія задачи права, а не только формально опредѣляющееся въ своей организаціи и дѣятельности правомъ. Высшее же назначеніе права быть не только нормами отрицающими произволъ въ общественныхъ отношеніяхъ и обезпечивающими необходимую формальную свободы личности, но и нормами соціальной справедливости.

Государство, обладающее всѣми конституціонными гарантіями формальной законности, формальной свободы и формальнаго равенства, но въ тоже время санкціонирующее и допускающее въ этихъ формальныхъ правовыхъ границахъ, тяжкое неравенство въ жизненныхъ условіяхъ существованія различныхъ классовъ населенія, и политическую эксплоатацію одной группы населенія другой, такое государство можетъ быть названо правовымъ въ формальномъ смыслѣ этого слова, но не со стороны соотвѣтствія содержанія его правовыхъ нормъ тѣмъ высшимъ принципамъ и задачамъ права, которые выяснены культурнымъ правосознаніемъ нашего времени.

Уже давно всѣми признано, что государственная власть и право должны служить общему благу, благу всего народа, а не интересамъ лишь отдѣльныхъ лицъ, группъ населенія или общественныхъ классовъ. Но этотъ принципъ остается до тѣхъ поръ фикціей въ государственной жизни, пока, какъ это мы видимъ еще въ современномъ государствѣ, узкая партійность и классовой эгоизмъ властвующихъ поддерживаютъ крайнее неравенство въ жизненныхъ условіяхъ существованія различныхъ классовъ населенія, несмотря на установившіяся конституціонныя гарантіи законности, формальной свободы и формальнаго равенства гражданъ передъ закономъ.

Эти недостатки современнаго права и государства одинаково признаются не только представителями соціалистиче-

скаго направленія, но и многими публицистами либеральнаго направленія [1]).

Основной задачей права, какъ это указываетъ культурное правосознаніе нашего времени, является осуществленіе требованій общественной солидарности и идеаловъ общественной справедливости. Поэтому справедливое уравненіе и обезпеченіе условій свободнаго существованія и развитія всѣхъ гражданъ государства, и слѣдовательно, особенное вниманіе къ насущнымъ интересамъ обездоленныхъ классовъ населенія, вотъ первая неотложная задача правовой политики современнаго государства.

Въ этомъ будетъ заключаться истинная и благодѣтельная демократизація правового порядка, и на этотъ путь дальнѣйшаго развитія началъ правового государства должны вступить и вступаютъ уже культурные народы нашего времени. Высшіе принципы права опредѣляютъ основанія и идеалъ правового государства, его истинную сущность; раскрытіе этихъ принциповъ и реализація ихъ въ сферѣ государственной жизни и представляетъ собою развитіе и осуществленіе идеи права и правового государства въ жизни человѣчества.

Конституціонное государство уже успѣло въ значительной степени утвердить господство права, какъ необходимаго формальнаго принципа государственной жизни, какъ обязательной формы и границы государственной дѣятельности.

Необходимо теперь особенно позаботиться о соотвѣтствіи внутренняго содержанія и достоинства этого права высшимъ требованіемъ самой идеи права. Противопоставлять, поэтому, правовому государству другіе идеальные типы государства, напримѣръ „рабочее“ или трудовое государство, какъ это дѣлаютъ писатели соціалисты [2]), какъ бы считая такимъ образомъ, что правовое государство, вылившись въ современ-

---

[1]) Ср. напримѣръ характеристику современнаго государства у Leroy Beaulieu: L'Etat moderne et ses fonctions 1890 г. ch. II, съ другой стороны критику этого государства у соціалиста Антона Менгера. Neue Staatslehre 2 Aufl. 1904 особенно В I, kap. 7.

[2]) Какъ то А. Менгеръ въ своемъ: Neue Staatslehre kap. 7.

ныя его формы, исчерпало свою сущность, завершило свой путь развитія, неправильно. Прввовое государство въ своемъ развитіи такъ же далеко не сказало еще своего послѣдняго слова, какъ и самое право, господство котораго оно гарантируетъ и содержаніе котораго оно совершенствуетъ въ интересахъ культурнаго развитія человѣческихъ обществъ.

Н. Паліенко.

ОБЪ ИСПРАВЛЕНІИ МЕТРИЧЕСКИХЪ КНИГЪ ДЛЯ ЛИЦЪ ИНОСЛАВНЫХЪ И ИНОВѢРНЫХЪ ИСПОВѢДАНІЙ.

I.

Въ противоположность большинству западно-европейскихъ законодательствъ [1]), возлагающихъ веденія актовъ гражданскаго состоянія, т. е. актовъ о родившихся, бракосочетавшихся и умершихъ, на особыхъ чиновниковъ (Standesbeamten, officiers de l'état civil) и устраняющихъ совершенно духовныхъ лицъ христіанскихъ и нехристіанскихъ исповѣданій отъ исполненія обязанностей этихъ чиновниковъ [2]), русское законодательство провозглашаетъ общее начало, что метрическія книги для лицъ христіанскаго, еврейскаго и магометанскаго исповѣданій ведутся духовенствомъ (т. IX, зак. о сост., изд. 1899 г., ст. 859, 881, 890, 905, 912 и 913). Начало это

---

[1]) См. гражд. код.: франц., ст. 34—101, итал., ст. 350—405, голл., ст. 13—73, испан., ст. 325—332, португ., ст. 2445—2491, румын., ст. 21—86; герм. союзный законъ 6 февр. 1875 г., швейцарскій союзный законъ 24 дек. 1874 г., англ. зак. о бракахъ 30 іюня 1837 г. (Act for Marriages and for registring Births, Deaths and Marriages in England) и др.

[2]) Герм. зак. 6 февр. 1875 г. § 3 абз. 3. По мнѣнію Hinschius'a, Das Reichsgesetz ueber die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschlieszung v. 6 Febr. 1875 г., изд. 3, стр. 29, прим. 1 и стр. 180, прим. 19, и Sicherer'a, Personenstand und Eheschlieszung in Deutschland, 1881 г., стр. 2 и прим. 3, свидѣтельство подлежащаго духовнаго лица о совершеніи религіознаго обряда по рожденію, бракосочетанію и погребенію не имѣетъ, въ смыслѣ метрики, силы не только публичнаго, но и частнаго акта; ср. G i e r k e, Deutsches Privatrecht, т. I, стр. 360, вын. 16.

установлено для православнаго духовенства соборами Кіевскимъ 1646 г. и Московскимъ 1667 г. и подтверждено особымъ прибавленіемъ къ духовному регламенту 1722 г. (П. С. З. № 4022), постановившимъ, что священники „должны отселѣ имѣть всякъ у себя книги, которыя обычно нарицаются метрики, т. е. книги записныя, въ которыхъ записывать прихода своего младенцевъ рожденія и крещенія, съ означеніемъ года и дня и съ наименованіемъ родителей и воспріемниковъ; такожъ и которые младенцы, не получившіе крещенія, померли, съ прописаніемъ вины, коей ради младенецъ лишенъ св. крещенія; да въ тѣхъ же книгахъ записывать своего прихода лица, бракомъ сочетаваемыя; такожъ и умирающіе, съ прописаніемъ по христіанской должности въ покаяніи преставилися, и погребаемые; и аще кто не погребенъ, именно написать вину, чего ради не получилъ христіанскаго погребенія, съ означеніемъ года и дня". Относительно же римско-католическаго духовенства указанное начало подтверждено было Тридентскимъ соборомъ 1555—1564 г. [1]). Отступленіе отъ этого начала допущено закономъ для раскольниковъ (сектантовъ) и баптистовъ, веденіе метрическихъ книгъ коихъ поручено полиціи (т. IX, ст. 931 и 948). Что же касается язычниковъ (буддистовъ, ламаитовъ и др.), то для нихъ метрическія книги вовсе не установлены, а вмѣсто этихъ книхъ списки населенія ведутся волостными, станичными, родовыми и т. п. управленіями (т. II, изд. 1892 г., пол. Закасп. обл. ст. 32; пол. Туркест. края ст. 99 и 305; полож. Степныхъ обл. ст. 79 и 142; полож. инородцевъ ст. 147, 260 и 540; ср. т. XI ч. 1, изд. 1896 г., ст. 1678, 1694—1696 и 1698).

Слѣдуетъ замѣтить, что по отношенію къ старообрядцамъ и сектантамъ (раскольникамъ) упомянутое отступленіе должно считаться въ настоящее времи почти потерявшимъ силу, ибо, согласно п.п. 9 и 10 Именного Высочайшаго указа 17 апрѣля

---

[1]) Ср. проектъ гражд. улож. кн. II, Семейств. право съ объясненіями, т. II, 1902 г., стр. 376; Загоровскій, Курсъ семейнаго права, стр. 26; Побѣдоносцевъ, Курсъ гражд. права, 1896 г., ч. 2, стр. 47.

1905 г., за лицами, избираемыми общинами старообрядцевъ и сектантовъ для отправленія духовныхъ требъ, признано званіе духовныхъ лицъ („настоятелей и наставниковъ") и право свободнаго отправленія духовныхъ требъ и на нихъ же п. 12 отд. II Высочайше утвержденнаго того же 17 апрѣля положенія Комитета Министровъ возложено веденіе метрическихъ книгъ для записей рожденій, браковъ и смерти старообрядцевъ и сектантовъ по особымъ правиламъ, имѣющимъ быть составленными примѣнительно къ нынѣ по сему предмету дѣйствующимъ. Такимъ образомъ, за неизданіемъ еще такихъ особыхъ правилъ, прежнія постановленія о веденіи метрическихъ книгъ раскольниковъ сохраняютъ лишь временное значеніе.

Приведенныя Высочайше дарованныя льготы старообрядцамъ и сектантамъ, въ связи съ правилами о веденіи метрическихъ книгъ духовными и гражданскими властями, даютъ полное основаніе къ выводу, что веденіе сихъ книгъ возлагается на духовенство всѣхъ тѣхъ исповѣданій и вѣроученій, кои правительствомъ признаны или терпимы; наоборотъ, на гражданскія власти возложено веденіе этихъ книгъ для лицъ тѣхъ вѣроученій, которыя государствомъ не признаны и обряды коихъ имъ игнорируются.

Метрическія книги, по значенію удостовѣряемыхъ ими событій, являются актами первостепенной важности, такъ какъ ими установляются существенныя права лицъ на родъ, фамилію, наслѣдство, льготы по воинской повинности и т. п., и поэтому правильность веденія этихъ книгъ должна быть охраняема и обезпечиваема всѣми законными мѣрами. Въ сихъ видахъ законъ (т. IX, ст. 859—955) предписываетъ для веденія метрическихъ книгъ подробныя правила, санкціонируя соблюденіе ихъ уголовнымъ взысканіемъ (ст. 1442 улож. о нак. и ст. 426 угол. улож. 1903 г.).

Не смотря, однако, на такую угрозу уголовнымъ взысканіемъ, законъ не могъ не предвидѣть, что эта угроза не вполнѣ гарантируетъ отъ ошибокъ и неправильностей въ метрическихъ книгахъ и что наложеніе на виновное духовное лицо установленной кары нисколько не облегчаетъ по-

ложенія заинтересованныхъ частныхъ лицъ, терпящихъ и нравственный, и матеріальный ущербъ отъ такихъ ошибокъ и неправильностей. Поэтому, въ отношеніи лицъ православнаго исповѣданія, законъ оговорилъ, что если при производствѣ записей въ книгахъ „случилась погрѣшность писца, то погрѣшительно написанное надлежитъ оградить со всѣхъ сторонъ чертами и потомъ продолжать писать, что должно" (т. IX, ст. 866). Кромѣ того, въ предотвращеніе ошибокъ, законъ постановляетъ: „Всякій прихожанинъ, о которомъ лично, или же о членѣ его семейства, записано какое либо событіе въ метрическую книгу, имѣетъ право, по окончаніи богослуженія, просить священника показать ему, какъ именно то событіе записано, и, если бы оказались ошибки, просить объ исправленіи, и о вѣрности показанія свидѣтельствовать письменно въ особой графѣ" (ст. 872). Не довольствуясь и этими способами исправленія ошибокъ, уставъ духовныхъ консисторій, изд. 1883 г., предписываетъ рядъ правилъ о порядкѣ удостовѣренія дѣйствительности событій брака и рожденія отъ законнаго брака, если эти событія въ метрическія книги не внесены или записи ихъ сомнительны, указывая пути къ возстановленію истины относительно этихъ событій (ст. 258—269). Какъ часто приходится прибѣгать къ помощи консисторій по этому предмету, явствуетъ изъ того, что Святѣйшій Синодъ нашелся вынужденнымъ обратить вниманіе епархіальныхъ преосвященныхъ на оказавшіяся по ревизіи неисправности и опущенія по веденію духовенствомъ метрическихъ книгъ, доходящія до того, что по симъ книгамъ иногда пропускаются записи рожденія и крещенія дѣтей самихъ священно-церковнослужителей [1]) и что въ одной изъ епархій за четыре только года (1886—1889) производилось 429 дѣлъ объ исправленіи въ метрическихъ книгахъ неправильныхъ записей и о внесеніи въ эти книги пропущенныхъ актовъ о рожденіяхъ, бракахъ и смерти [2]). Подобныхъ правилъ для

---

[1]) См. циркулярный указъ отъ 4 марта 1886 г. за № 2, въ сборн. Завьялова, изд. 2, стр. 205.

[2]) Циркул. указъ отъ 23 дек. 1889 г. за № 15, тамъ же, стр. 289.

лицъ прочихъ христіанскихъ и иновѣрныхъ исповѣданій законъ не содержитъ, ставя нерѣдко этихъ лицъ въ крайне затруднительное и даже безвыходное положеніе. Лишь въ отношеніи метрическихъ книгъ для евреевъ постановлено тождественное съ вышеприведеннымъ (ст. 866) правило о томъ, что „если случится погрѣшность писца, то погрѣшительно написанное обводится со всѣхъ сторонъ чертами и о семъ оговаривается въ концѣ статьи, а далѣе пишется что должно“ (ст. 915).—Въ болѣе счастливыхъ условіяхъ по сему предмету находятся жители губерній б. Царства Польскаго, коимъ предоставлено право обращаться съ требованіями объ исправленіи актовъ гражданскаго состоянія въ окружные суды (гражд. улож. Ц. П. ст. 140—142 и уст. гражд. суд. ст. 1647—1652).

II.

Отсутствіе законодательныхъ нормъ для возстановленія правъ, нарушенныхъ пробѣлами и погрѣшностями въ метрическихъ книгахъ, вызвало, подъ напоромъ практическихъ нуждъ и потребностей, стремленіе къ устраненію гнетущихъ послѣдствій недостатка закона путемъ распространительнаго толкованія. Такъ, изъ дѣлъ, доходившихъ до Правительствующаго Сената, обнаруживается, что римско-католическія духовныя консисторіи Имперіи, послѣ выдачи метрическихъ выписей о рожденіи, бракосочетаніи и смерти лицъ римско-католическаго исповѣданія, дѣлаютъ исправленія именъ, прозваній и другихъ ошибокъ и неправильностей въ метрическихъ актахъ и выдаютъ вторично исправленныя метрическія выписи. На указъ по сему предмету Правительствующаго Сената отъ 12 ноября 1893 г. за № 5060, послѣдовалъ отвѣтъ, что ни заключающіяся въ законахъ о состояніяхъ постановленія о метрическихъ книгахъ римско-католическаго исповѣданія (т. IX, ст. 1054—1062, изд. 1876 г.), ни другія дѣйствующія узаконенія и распоряженія правительства не содержатъ въ себѣ прямыхъ указаній о возможности и порядкѣ исправленія метрическихъ книгъ римско-католическими духовными

консисторіями, но такое отсутствіе руководящихъ на сей предметъ правилъ не можетъ быть объяснено безусловнымъ воспрещеніемъ какихъ либо измѣненій въ метрическихъ актахъ, такъ какъ по уст. гражд. суд. (ст. 1342—1356) и по законамъ о судопр. гражд. (ст. 459—461), въ случаѣ сомнѣнія въ метрикахъ, послѣднія могутъ быть провѣряемы сличеніемъ съ метрическими книгами и другими документами и дополнены данными, добытыми путемъ слѣдствія. Такимъ образомъ, римско-католическія духовныя консисторіи нашли выходъ изъ затруднительнаго положенія, созданнаго молчаніемъ закона, распространеніемъ на исправленіе ошибокъ и погрѣшностей метрическихъ книгъ правилъ *спорнаго,* исковаго судопроизводства по дѣламъ брачнымъ и о законности рожденія, говорящихъ о *сличеніи* и *повѣркѣ* метрическихъ выписей съ метрическими книгами чрезъ члена окружнаго суда, и примѣненіемъ этого порядка и къ метрическимъ выписямъ о смерти. Но Правительствующій Сенатъ отрѣзалъ имъ и этотъ путь, указавъ, „что ни въ законахъ о состояніяхъ, ни въ другихъ постановленіяхъ и распоряженіяхъ Правительства по вѣдомству иностранныхъ исповѣданій въ Имперіи не содержится никакихъ правилъ относительно исправленія метрикъ лицъ римско-католическаго исповѣданія, и что въ виду отсутствія законодательныхъ постановленій, предоставляющихъ римско-католическимъ духовнымъ консисторіямъ Имперіи дѣлать какія либо измѣненія въ метрическихъ актахъ, въ отношеніи исправленія ошибокъ и неправильностей въ оныхъ надлежитъ руководствоваться лишь статьями 1342—1356 уст. гражд. суд., по смыслу коихъ, въ случаѣ сомнѣнія въ метрикахъ, таковыя могутъ быть повѣряемы сличеніемъ съ метрическими книгами и другими документами и дополняются *не иначе, какъ по опредѣленіямъ судебныхъ мѣстъ*“. Этого взгляда—о возможности исправленія метрическихъ записей лишь путемъ судебнаго производства—неизмѣнно держались и административныя мѣста, и Правительствующій Сенатъ въ многочисленныхъ дѣлахъ объ исправленіи погрѣшностей метрическихъ книгъ, возбуждаемыхъ евреями. Въ числѣ прочихъ, одною изъ серьезныхъ причинъ возбужденія этихъ дѣлъ слу-

житъ правило ст. 395 т. IV уст. о воин. повин., изд. 1897 г., по которой семейство еврея, уклонившагося отъ исполненія воинской повинности, подвергается, по постановленію подлежащаго воинскаго присутствія, денежному взысканію въ размѣрѣ трехсотъ руб. и постановленіе это приводится въ исполненіе чрезъ полицію. А такъ какъ основаніемъ для составленія призывныхъ списковъ служатъ метрическія выписи (ст. 124), которыя, въ виду ихъ небезупречности, не всегда соотвѣтствуютъ истинѣ, то заинтересованныя семейства, во избѣжаніе упомянутаго значительнаго штрафа въ случаѣ признанія того или другого члена семьи не тождественнымъ съ подлежащимъ, согласно спискамъ, отбыванію воинской повинности, или совершенной неявки его за смертью, не внесенною въ метрическую книгу, обращаются въ губернскія правленія съ ходатайствами объ исправленіи метрическихъ книгъ. За отсутствіемъ въ законѣ правилъ о порядкѣ подобнаго исправленія метрическихъ книгъ евреевъ, просители подкрѣпляютъ свои ходатайства ссылкою на ст. 915 т. IX зак. о состояніяхъ, по которой „метрическія книги и частныя тетради ежемѣсячно и по окончаніи года свидѣтельствуются членами еврейскихъ духовныхъ правленій . . . и затѣмъ удостовѣряются подписью членовъ правленій, вмѣстѣ съ раввинами и ихъ помощниками, въ томъ, что книги оказались вѣрны и въ нихъ нѣтъ никакихъ неисправностей. Во всѣхъ сихъ книгахъ подчистки не допускаются, а если случится погрѣшность писца, то погрѣшительно написанное обводится со всѣхъ сторонъ чертами и о семъ оговаривается въ концѣ статьи, а далѣе пишется, что должно“. Въ послѣдней именно оговоркѣ—объ исправленіи погрѣшности писца—просители усмотрѣли якорь спасенія, хотя изъ конструкціи всего предложенія и изъ словъ „а далѣе пишется, что должно“ несомнѣнно явствуетъ, что рѣчь идетъ о порядкѣ исправленія описокъ, замѣченныхъ *при самомъ внесеніи* въ книгу записи, а не послѣ, когда уже не можетъ имѣть мѣсто ни оговорка о погрѣшительно написанномъ въ концѣ статьи, ни дальнѣйшее писаніе чего должно. Такое же правило почти буквально повторяется въ цитированной выше (№ 1) ст. 866

того же IX т. относительно записей, производимыхъ въ метрическихъ книгахъ для православныхъ, и слова этой послѣдней статьи „и потомъ *продолжать* писать, что должно" въ связи со ст. 872 о правѣ прихожанина, по окончаніи богослуженія, просить священника показать ему, какъ именно событіе записано и, если бы оказались ошибки, требовать исправленія и о вѣрности показанія свидѣтельствовать письменно въ особой графѣ, исключаютъ всякую возможность толкованія приведенной ст. 915 въ смыслѣ допустимости исправленія погрѣшностей писца не при самомъ внесеніи записей въ книгу. Въ нѣсколько иномъ, но въ ограничительномъ тоже смыслѣ, поняли многія губернскія правленія правило ст. 915, отклоняя ходатайства объ исправленіи ошибокъ по тому основанію, что исправленіе возможно лишь при свидѣтельствованіи книгъ въ концѣ мѣсяца или года, но Правительствующій Сенатъ подобныя опредѣленія губернскихъ правленій отмѣнялъ, признавъ, что срока для исправленія погрѣшностей писца закономъ не установлено [1]). Въ силу этихъ разъясненій Сената, достигнута была возможность исправленія очевидныхъ и сравнительно мелкихъ описокъ въ именахъ и фамиліяхъ, какъ напримѣръ „Цетлинъ" вмѣсто „Цейтлинъ" [2]), „Эмдинъ" вмѣсто „Эмдонъ" [3]), „Дыхъ" вмѣсто „Двехъ" [4]), „Немонъ" вмѣсто „Наймонъ" [5]), „Песша" вмѣсто „Теша", и т. п., а также двойныхъ записей одного и того же событія [6]). Далѣе этихъ предѣловъ, въ виду предписанія ст. 770 т. IX о недопустимости исправленія метрическихъ книгъ внѣ случаевъ погрѣшностей писца, льготное толкованіе закона не пошло. Когда же заявлялись

[1]) См. опредѣленія 1 департамента: 2 мая 1895 г. за № 3361 по д. Эмдина 5 ноября 1896 г. за № 8389 по д. Берштейна; 1 дек. 1898 г. за № 9299 по д. Дыхъ; 21 іюня 1900 г. за № 6083 по д. Винокура; 3 октября 1900 г. за № 7750 по д. Фельдшера; 16 октября 1900 г. за № 8139 по д. Клячкина.

[2]) Опред. д–та 1 мая 1901 г. за № 4205 по д. Цетлина.

[3]) Опред. 2 мая 1895 г. за № 3361 по д. Эмдина.

[4]) Опред. 1 дек. 1898 г. за № 9299 по д. Дыхъ.

[5]) Опред. 30 мая 1900 г. за № 5030 по д. Немона.

[6]) Опред. 16 окт. 1900 г. за № 8140 по д. Гофмана и 13 ноября 1901 г. за № 9287 по д. Шмулянскаго.

ходатайства объ исправленіи болѣе значительныхъ ошибокъ въ именахъ и фамиліяхъ [1]), то неизмѣнно указывалось, что это дѣло не администраціи, а суда, причемъ иногда дѣлается ссылка на ст. 1346 и 1356 уст. гражд. суд. [2]). Но что было дѣлать суду, когда исправленіе метрическихъ книгъ не отнесено къ его компетенціи и когда ст. 1337—1356 уполномочиваютъ его лишь на разрѣшеніе *спорныхъ* дѣлъ брачныхъ и о законности рожденія? Вопросы же объ исправленіи той или другой погрѣшности въ обозначеніи имени, отчества или фамиліи лица подъ категорію этихъ дѣлъ не подходятъ и, требуя лишь констатированія извѣстныхъ обстоятествъ, никакого спора въ себѣ не содержатъ. На основаніи тѣхъ же статей уст. гражд. суд. признаются подлежащими судебному разбирательству всѣ ходатайства о пополненіи метрическихъ книгъ пропущенными въ нихъ записями о рожденіи, бракѣ или смерти, причемъ приводится еще то соображеніе, что установленіе означенныхъ событій требуетъ разслѣдованія, но такое разслѣдованіе не относится къ обязанностямъ администраціи [3]). Съ своей стороны окружные суды, въ которые

---

[1]) См. опред.: 8 марта 1894 г. за № 1638 по д. Брандвайна, просившаго объ исправленіи имени сына „Шмуля-Нуты", названнаго въ книгѣ „Борухомъ" и имени жены „Рухли", названной „Шендлею"; 16 мая 1895 г. за № 3766 по д. Габермана, ходатайствовавшаго объ исправленіи въ двухъ записяхъ имени и отчества жены его, названной вмѣсто „Двейры Аароновой", „Деборою Лазаревою" и „Ривкою Аароновою"; см. также опред. 3 мая 1894 г. за № 3170 по д. Райгородскаго; 5 ноября 1896 г. за № 8389 по д. Бернштейна; 19 іюня 1898 г. за № 5329 по д. Копельманъ; 26 октября 1899 г. за 8075 по д. Горовица и мн. др.

[2]) См. опред.: 5 апрѣля 1894 г. за № 2526 по д. Файнштейнъ; 13 іюня 1900 г. за № 5611 по д. Бендетъ и за № 5612 по д. Соболь; 23 іюля 1900 г. за № 6688 по д. Колтенюкъ; 20 февр. 1901 г. за № 1693 по д. Коринъ; 27 ноября 1901 г. за № 9780 по д. Гюнсбургъ; 2 апрѣля 1902 г. за № 3019 по д. Ицковскаго.

[3]) См. опред.: 16 ноября 1893 г. за № 8752 по д. Фридманъ, ходатайствовавшаго о записи пропущеннаго въ книгѣ сына его; 5 апрѣля 1894 г. за № 2526 по д. Файнштейнъ, просившей о включеніи въ русскій текстъ метрической книги пропущеннаго имени ея умершаго сына, тогда какъ въ еврейскомъ текстѣ таковое значится; 30 мая 1895 г. за № 4084 по д. Житомірской объ исправленіи въ книгѣ пропуска имени ея сына; 18 февр. 1898 г. за № 1225 по д. Шапильскаго о включеніи въ книгу пропущеннаго рожденія сына его Изхока; 7 дек. 1899 г. за № 9768 по д. Гидерманъ о пополненіи книги записью о смерти сына его;

просители обращались съ подобными ходатайствами, признавали ихъ неподлежащими своему вѣдѣнію, за отсутствіемъ спора о правѣ гражданскомъ [1]). Такимъ образомъ, существеннѣйшіе интересы, связанные съ метрическими книгами, какъ актами гражданскаго состоянія, поставлены были внѣ закона, лишены были защиты и охраны со стороны органовъ власти.

На такое безотрадное положеніе невинно лишенныхъ защиты закона обратилъ вниманіе гражданскій кассаціонный департаментъ Правительствующаго Сената 27 января 1899 г. по восходившему на его разсмотрѣніе дѣлу купеческихъ сыновей Штильмановъ. Евреи эти, родившіеся отъ законнаго брака въ мѣстечкѣ Ивницѣ, Волынской губерніи, ранѣе 1854 г., когда въ этомъ мѣстечкѣ не велись еще метрическія книги для евреевъ, предъявили въ Кіевскомъ окружномъ судѣ искъ къ своей матери, прося о признаніи ихъ законными сыновьями супруговъ Штильмановъ. Окружный судъ призналъ искъ этотъ неподлежащимъ вѣдомству судебныхъ установленій, находя, что исправленіе и восполненіе метрическихъ книгъ о лицахъ еврейскаго исповѣданія относятся къ обязанностямъ администраціи. Кіевская судебная палата жалобу на это опредѣленіе оставила безъ послѣдствій, такъ какъ между сторонами нѣтъ спора о законности рожденія истцовъ отъ брака ихъ родителей и указанная истцами отвѣтчицею мать, ничѣмъ не нарушая ихъ правъ, сама подтверждаетъ законность происхожденія ихъ отъ нея и ея мужа. Но Правительствующій Сенатъ разъяснилъ, что въ случаяхъ, подобныхъ настоящему, когда метрическихъ книгъ нѣтъ, евреямъ „не остается иного пути,

---

13 іюня 1900 г. за № 5607 о запискѣ пропущеннаго въ книгѣ брака его съ Малкою-Грунею, а также опред.: 13 іюня 1900 г. за № 5610 по д. Варгбрейдъ; 20 февр. 1901 г. за № 1690 по д. Панаровскихъ; 10 сент. 1891 г. по д. Шриры; 24 ноября 1892 г. по д. Хайкиса; 13 іюня 1900 г. по д. Юровскаго и др. Впрочемъ въ одномъ случаѣ Сенатъ, въ виду исключительности случая, разрѣшилъ губернскому правленію внести запись о бракѣ, пропущенномъ въ книгѣ, не смотря на то, что надпись о состоявшемся бракѣ сдѣлана была на увольнительномъ билетѣ; см. опред.: 18 февр. 1897 г. за № 1579 по д. Капелюха.

[1]) См. опред.: 16 ноября 1893 г. за № 8752 по д. Фридманъ; 10 февраля 1898 г. за № 1225 по д. Шапильскаго; 13 іюня 1900 г. за № 5607 по д. Гликладъ и за № 5610 по д. Варгбрейдъ.

какъ обращеніе въ порядкѣ, въ которомъ примѣняется 1356 ст. уст. гражд. суд., къ судебной власти, для исходатайствованія постановленія о признаніи ихъ рожденными отъ законнаго брака такихъ-то родителей, копія каковаго постановленія и должна замѣнять метрическое свидѣтельство, удостовѣряющее законность рожденія просителей. Не допускать сего, значило бы евреямъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, которыя не могутъ быть имъ вмѣнены въ вину, преграждать навсегда возможность пользоваться принадлежащими имъ по рожденію гражданскими и общественными правами, а это, конечно, не было бы согласно съ разумомъ закона, который вообще благопріятствуетъ осуществленію права доказывать законность рожденія, постановляя, въ ст. 1347, что оно не прекращается никакою давностью". При этомъ Правительствующій Сенатъ призналъ, что для предъявленія подобнаго иска не нужно ни спора, ни нарушенія права со стороны отвѣтчика и что, при отсутствіи отвѣтчика, его, согласно ст.ст. 1344 и 1345 уст. гражд. суд., долженъ замѣнять прокуроръ (сб. 1900 г. № 35).

Такимъ образомъ, Правительствующій Сенатъ открылъ путь для полученія акта о законности рожденія, замѣняющаго метрическое свидѣтельство. Хотя рѣшеніе Сената относилось къ случаю *отсутствія* метрическихъ книгъ, но, толкуя его распространительно, можно будетъ указаннымъ путемъ достичь полученія акта и о *невнесенномъ въ метрическую книгу* событіи рожденія. Но это рѣшеніе никоимъ образомъ не можетъ имѣть примѣненія къ случаямъ пропуска въ метрическихъ книгахъ записи о смерти, такъ какъ самое льготное толкованіе постановленій уст. гражд. суд. о дѣлахъ брачныхъ и о законности рожденія не можетъ привести къ заключенію о распространеніи ихъ на установленіе судомъ событія смерти. Для констатированія этого событія нужны другіе способы, и способы эти указаны были общимъ собраніемъ 1-го и кассаціонныхъ департаментовъ Правительствующаго Сената въ рѣшеніи по дѣлу Гельки Ситерманъ.

Послѣдняя обратилась въ Лубенскій окружный судъ съ искомъ къ своему мужу Мовшѣ Ситерманъ о признаніи двухъ

сыновей ея Шимона и Захарія умершими и о выдачѣ ей объ этомъ удостовѣренія, указывая, что, за отсутствіемъ записи о смерти ихъ въ метрическихъ книгахъ, они считаются живыми и требуются къ отбыванію воинской повинности, а неявка ихъ повлечетъ наложеніе на ея семейство штрафа въ 300 руб. за каждаго. Окружный судъ призналъ это ходатайство неподлежащимъ его разсмотрѣнію. Равнымъ образомъ Полтавское губернское правленіе ходатайство это оставило безъ послѣдствій. Послѣ отклоненія Харьковскою судебною палатою просьбы Ситерманъ объ указаніи подлежащей подсудности означеннаго дѣла, общее собраніе Правительствующаго Сената, по жалобѣ Ситерманъ, нашло, что „установленіе событія смерти можетъ входить въ обязанность суда гражданскаго лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда отъ установленія такого событія, какъ доказательства, зависитъ разрѣшеніе вопросовъ о тѣхъ или иныхъ имущественныхъ или личныхъ правахъ, разсмотрѣніе коихъ отнесено по закону къ вѣдѣнію суда; *установленіе же одного лишь событія смерти, не связаннаго съ разсмотрѣніемъ упомянутыхъ правъ, къ вѣдомству суда не относится*.... Правительствующій Сенатъ, по гражданскому кассаціонному департаменту (рѣш. 1900 г. № 35), призналъ неправильнымъ отказъ судебныхъ установленій въ разсмотрѣніи иска евреевъ, ходатайствовавшихъ объ установленіи событія ихъ рожденія, не записаннаго въ метрическія книги, отъ состоящихъ въ бракѣ лицъ, *ибо... такой искъ, по своему содержанію, составляетъ просьбу о признаніи законности рожденія, подлежащую разсмотрѣнію судебныхъ установленій въ порядкѣ 1346 и слѣд. ст. уст. гражд. суд.*“. Принимая, затѣмъ, во вниманіе, что полицейскія учрежденія, безъ прямого на то указанія въ законѣ, не могутъ быть обязываемы производить разслѣдованія для установленія событій, пропущенныхъ въ метрическихъ книгахъ; что еврейскія метрическія книги свидѣтельствуются городскими общественными управленіями и хранятся въ сихъ управленіяхъ, съ обязанностью послѣднихъ веденія всѣхъ дѣлъ, къ тѣмъ метрикамъ относящихся (ст. ст. 794, 915, 916 и 918 т. IX), и что тѣ же управленія содержатъ посемейные списки евреевъ

и, слѣдовательно, располагаютъ разнообразными свѣдѣніями, ставящими ихъ въ возможность выяснять дѣйствительность событія смерти евреевъ, общее собраніе Правительствующаго Сената признало, что ходатайство Ситерманъ подлежитъ разсмотрѣнію и разрѣшенію подлежащаго городского общественнаго управленія (сб. 1903 г. № 3).

Этимъ разъясненіемъ Сената дана возможность внѣсудебнымъ порядкомъ добиться установленія событія смерти еврея при отсутствіи о томъ записи въ метрической книгѣ.

За всѣмъ тѣмъ, установленные Правительствующимъ Сенатомъ пути къ восполненію закона о метрическихъ книгахъ евреевъ не устраняютъ всѣхъ затрудненій, возникающихъ отъ недостатка закона. Практика указала еще на одинъ видъ ходатайствъ объ исправленіи актовъ состоянія, а именно: объ исправленіи всѣхъ записей о бракѣ и рожденіи дѣтей, совершенныхъ во время проживанія главы семьи по чужому паспорту, за каковое дѣяніе впослѣдствіи виновный подвергся уголовному суду и наказанію; въ этихъ случаяхъ обыкновенно означенныя записи остаются неисправленными, такъ какъ административныя мѣста признаютъ подобное исправленіе подлежащимъ вѣдѣнію суда [1]).

Изложенныя сомнѣнія, колебанія и пререканія административныхъ и судебныхъ мѣстъ съ достаточною убѣдительностью доказываютъ настоятельную необходимость и неотложность установленія закономъ правилъ объ исправленіи метрическихъ книгъ для лицъ инославныхъ и иновѣрныхъ исповѣданій. Пути, указанные вышеприведенными рѣшеніями гражданскаго

---

[1]) См. опред. 1 д-та: 3 дек. 1896 г. за № 9759 по д. Абрама Аблова, прижившаго дѣтей подъ фамиліей Кипилеръ; 20 апрѣля 1898 г. за № 3326 по д. Шенкеръ, женившагося и прижившаго троихъ дѣтей подъ именемъ и фамиліею Бени Зильберштейнъ и указывавшаго, по окончаніи уголовнаго суда, что отказъ въ исправленіи метрикъ вынуждаетъ его пользоваться подложными документами; 7 дек. 1899 г. за № 9769 по д. Шимона Шпетнера, женившагося и прижившаго дѣтей по документу Янкеля Вязовскаго; 18 апрѣля 1900 г. за № 3369 по д. Мошки Михалевича, проживавшаго по чужимъ паспортамъ подъ фамиліями Зейликовичъ и Корчмаръ, подъ каковыми фамиліями записаны въ разное время его дѣти.

кассаціоннаго департамента (1900 г. № 35) и общаго собранія Правительствующаго Сената (1903 г. № 3), являются лишь палліативами, смягчающими суровыя послѣдствія недостатка закона, но не устраняющими ихъ всецѣло или даже въ значительной мѣрѣ. Означенныя рѣшенія, прежде всего, касаются лишь евреевъ, а не лицъ другихъ иновѣрныхъ и инославныхъ исповѣданій, порядокъ исправленія метрическихъ книгъ коихъ также не нормированъ закономъ. Опредѣленіе общаго собранія Сената о возложеніи разслѣдованій и выдачѣ удостовѣреній о событіяхъ смерти на городскія общественныя управленія, какъ обязанныя свидѣтельствовать и хранить метрическія книги евреевъ, очевидно не примѣнимо къ лицамъ римско-католическаго, евангелическо-лютеранскаго или магометанскаго исповѣданій, ибо учрежденіями, надзирающими за веденіемъ метрическихъ книгъ этихъ исповѣданій, являются не городскія управленія, а римско-католическія духовныя консисторіи (т. IX ст. 884—886), евангелическо-лютеранскія консисторіи (ст. 899; ср. ст. 554 п. 2 т. XI ч. 1, изд. 1896 г.) и Оренбургское духовное магометанское собраніе и Таврическое духовное правленіе (т. IX. ст. 909). Между тѣмъ, какъ уже выше было упомянуто, относительно исправленія погрѣшностей метрическихъ книгъ римско-католическими духовными консисторіями Сенатъ призналъ, что такое исправленіе не относится къ ихъ компетенціи, а составляетъ дѣло судебныхъ установленій. Даже по отношенію къ евреямъ разсматриваемое опредѣленіе общаго собранія Сената едва ли достигнетъ цѣли, ибо городскія общественныя управленія не располагаютъ надлежащими органами для разслѣдованія событій смерти евреевъ, въ особенности, когда смерть послѣдовала не въ раіонѣ вѣдомства того общественнаго управленія, въ которомъ хранятся метрическія книги о семействѣ умершаго. Попытки къ уклоненію городскими общественными управленіями отъ подобныхъ разслѣдованій уже обнаружились на практикѣ [1].

Съ другой стороны, рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго

[1]) См. опред. 1 д-та 31 мая 1904 г. по д. Шапировскаго.

департамента 1900 г. № 35, состоявшееся по исключительному случаю совершеннаго отсутствія метрическихъ книгъ, едва ли получитъ широкое распространительное толкованіе при примѣненіи его къ другимъ не аналогичнымъ случаямъ. На это отчасти уже указываетъ вышеприведенное опредѣленіе общаго собранія по дѣлу Ситерманъ, которое, касаясь рѣшенія гражданскаго кассаціоннаго департамента, поясняетъ, что рѣшеніемъ этимъ признанъ неправильнымъ отказъ судебныхъ установленій въ разсмотрѣніи иска евреевъ, ходатайствовавшихъ объ установленіи событія ихъ рожденія, не записаннаго въ метрическія книги, отъ состоящаго въ бракѣ лица, потому что „такой искъ, по своему содержанію, составлялъ просьбу о признаніи законности рожденія, подлежащую разсмотрѣнію судебныхъ установленій въ порядкѣ 1346 ст. и слѣд. уст. гражд. суд.“. Кромѣ того, судебныя мѣста едва ли не затруднятся признать правильною такую постановку иска, при которой мать, заинтересованная не менѣе дѣтей въ полученіи метрическаго свидѣтельства объ ихъ рожденіи въ законномъ бракѣ и прибѣгающая вмѣстѣ съ дѣтьми къ содѣйствію суда, становилась отвѣтчицею, а дѣти истцами. Искусственность такого распредѣленія ролей истца и отвѣтчика не требуетъ доказательствъ. Возложеніе же на прокурора обязанности, согласно ст. 1344 уст. гражд. суд., являться отвѣтчикомъ во всѣхъ многочисленныхъ случаяхъ пропусковъ въ метрическихъ книгахъ записей о родившихся представится непосильнымъ бременемъ для прокурорского надзора, участіе котораго въ дѣлѣ превратится лишь въ пустую формальность. Всѣ эти данныя приводятъ къ заключенію, что пути, указанные обсуждаемыми рѣшеніями Правительствующаго Сената, мало пригодны для законодательнаго нормированія вопроса объ исправленіи метрическихъ книгъ, и средства для сего должны быть избраны иныя, а именно—установленіе особаго, охранительнаго порядка исправленія актовъ гражданскаго состоянія [1]).

[1]) По мнѣнію Исаченко, Русское гражданское судопроизводство, т. II, вып. I, стр. 23 и 24, удостовѣреніе законности рожденія и въ настоящее время воз-

III.

Метрическія книги служатъ главнымъ *доказательствомъ* записываемыхъ въ нихъ событій рожденія, брака и смерти (т. X ч. 1, ст. 34, 121, 122; т. IX, ст. 858, п. I; уст. гражд. суд., ст. 1341, 1342, 1352 и 1355). Поэтому домогательство объ исправленіи погрѣшностей въ записяхъ метрическихъ книгъ или пропусковъ въ этихъ книгахъ сводится не къ ходатайству о признаніи самаго существованія того или другого спорнаго права, а о выдачѣ о *безспорномъ* событіи надлежащаго доказательства, метрическаго акта. Для полученія такого акта вовсе нѣтъ надобности въ сложной процедурѣ исковаго судопроизводства, установленнаго для дѣлъ о сопряженныхъ съ существованіемъ законнаго брака граж-

можно въ частномъ, охранительномъ порядкѣ. Авторъ приходитъ къ этому заключенію путемъ слѣдующихъ соображеній. „Въ ст. 1346—1356 уст. гражд. суд. содержатся правила, коими опредѣляется порядокъ производства дѣлъ о законности рожденія. Порядокъ этотъ исковой. Изъ этого можно заключить, что наше законодательство не допускаетъ иного способа доказывать законность рожденія, какъ путемъ предъявленія иска. Однако, такое заключеніе едва ли будетъ вѣрно. Уже изъ того, что законность рожденія, записаннаго въ метрики, удостовѣряется простой выдачей метрическихъ свидѣтельствъ подлежащей духовной властью, слѣдуетъ тотъ выводъ, что для полученія такого удостовѣренія вовсе не требуется предъявленія иска. Нельзя предположить и того, что исковой порядокъ необходимъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда рожденіе не записано въ метрики или когда метрическаго свидѣтельства невозможно получить почему либо, такъ какъ по уст. дух. конс. (ст. 258) законность рожденія православныхъ, а по правиламъ XI т. ч. 1 (ст. 64, П) законность рожденія лицъ римско-католическаго исповѣданія не только можетъ, но и должна быть удостовѣряема подлежащими консисторіями, въ которыхъ дѣла эти производятся въ томъ же самомъ порядкѣ, какъ и дѣла объ удостовѣреніи законности браковъ (ст. 263—269 уст. дух. конс.). Такимъ образомъ нужно предположить, что законъ устанавливаетъ два порядка производства разсматриваемыхъ дѣлъ—исковой и частный". Указывая, затѣмъ, что „къ исковому порядку слѣдуетъ обращаться въ тѣхъ лишь случаяхъ, когда законность рожденія кѣмъ либо оспаривается, или же когда лицо, нуждающееся въ удостовѣреніи о законности рожденія, не можетъ получить его въ частномъ порядкѣ и тѣмъ вынуждается предъявить искъ", авторъ относительно дѣлъ по просьбамъ, заявляемымъ въ частномъ порядкѣ, находитъ, что дѣла эти, если они касаются „лицъ тѣхъ исповѣданій, духовнымъ властямъ которыхъ предоставлено право удостовѣрять законность рожденія, подлежатъ вѣдѣнію этихъ властей, *а всѣ прочія гражданскимъ судамъ*". Несостоятельность этого мнѣнія явствуетъ изъ всего вышеизложеннаго, и авторъ не указываетъ, какими законами долженъ руководствоваться судъ для разрѣшенія подобныхъ просьбъ.

данскихъ личныхъ и по имуществу правахъ самихъ супруговъ или рожденныхъ отъ ихъ брака дѣтей (ст. 1337 и слѣд. уст. гражд. суд.), или для дѣлъ о законности рожденія (ст. 1346 и слѣд.), что обнаруживается уже изъ того, что метрическое свидѣтельство о рожденіи вправѣ требовать и родившійся внѣ брака, внѣбрачный ребенокъ (ст. 132[15] т. X ч. 1 по закону 3 іюня 1902 г.; собр. узак. № 62, ст. 623), когда, слѣдовательно, ни о законности рожденія, ни о существованія законнаго брака рѣчи быть не можетъ. Полученіе такого акта зависитъ отъ удостовѣренія предъ судомъ наличности факта рожденія, брака или смерти и, какъ только судъ убѣдится въ существованіи этого факта, онъ выдаетъ требуемый актъ или свидѣтельство на предметъ выдачи акта подлежащимъ духовнымъ или свѣтскимъ учрежденіемъ. Слѣдовательно, требованіе объ исправленіи или пополненіи метрической книги направлено не на разрѣшеніе спора о правѣ, а лишь на охраненіе, утвержденіе существующаго права, что составляетъ предметъ охранительнаго, безспорнаго судопроизводства, подобно тому, какъ въ этомъ же порядкѣ судопроизводства удостовѣряются права наслѣдованія, узаконеніе дѣтей послѣдующимъ бракомъ родителей, усыновленіе, пріобрѣтеніе собственности давностью владѣнія и т. п. Этому именно охранительному порядку судопроизводства (procédure non contentieuse, nichtstreitige, freiwillige Gerichtsbarkeit) подчиняютъ дѣла объ исправленіи актовъ гражданскаго состоянія и иностранныя законодательства [1]), а также и нашъ уставъ гражданскаго судопроизводства по отношенію къ губерніямъ Варшавскаго судебнаго округа (ст. 1647—1661), равно и по отношенію къ направленнымъ, главнымъ образомъ, на исправленіе метрическаго акта дѣламъ объ узаконеніи (ст. 1460[7]). Такой же, въ существѣ, порядокъ установленъ и въ главѣ VII устава духовныхъ консисторій, изд. 1883 г., для удостовѣренія „о дѣйствительности событія браковъ и рожденія отъ законнаго брака“ (ст. 256—269), по которому, въ отличіе отъ порядка

---

[1]) Герм. зак. 6 февр. 1875 г., § 66 и 17 мая 1898 г. о добров. подсудности, § 69; франц. гражд. код., ст. 99 и уст. гражд. суд., ст. 855 и 856.

признанія дѣйствительности или недѣйствительности браковъ и законности или незаконности рожденій (т. XVI ч. 2, изд. 1902 г., ст. 445, 449 и 458), консисторія выдаетъ, по односторонней просьбѣ заинтересованныхъ лицъ, свидѣтельство о бракѣ или рожденіи, если событія эти признаются несомнѣнными, а въ противномъ случаѣ отказываетъ просителямъ (ст. 262 и 269 уст. дух. конс.). Въ этомъ отношенія, какъ и признано гражд. касс. департ. Прав. Сената (рѣш. 1879 г. № 152 по дѣлу Янушевича), консисторія дѣйствуетъ не въ качествѣ духовнаго *суда*, а какъ *начальство причта*, обязаннаго вести метрическія книги, какъ присутственное мѣсто, надзирающее за веденіемъ этихъ книгъ.

Указанный признакъ—безспорность событія рожденія, брака или смерти—и служитъ демаркаціонною линіей между исправленіемъ метрическихъ книгъ въ охранительномъ порядкѣ и признаніемъ законности или незаконности рожденія и брака въ порядкѣ спорнаго, состязательнаго судопроизводства. Другими словами, когда рѣчь идетъ о полученіи правильнаго метрическаго акта, какъ доказательства состоянія, когда событіе, удостовѣреніемъ коего служитъ актъ, само по себѣ безспорно и его законность не подвергается сомнѣнію—событіе это можетъ и должно быть установлено въ охранительномъ порядкѣ. Когда же вопросъ возникаетъ объ установленіи *самаго права состоянія*—дѣйствительности или недѣйствительности брака, либо законности или незаконности рожденія (Statusklage, réclamation d'état),—то вопросъ этотъ можетъ подлежать разрѣшенію подлежащимъ свѣтскимъ или духовнымъ судомъ, не иначе, какъ въ исковомъ порядкѣ судопроизводства [1]). Поэтому, напримѣръ, правильно признано

[1]) См. Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts, 8 изд., т. I, § 74, стр. 203. Это мнѣніе, раздѣляемое Marcadé, Demolombe'омъ и др., оспаривается Aubry и Rau, Cours de droit civil français, т. I, изд. 4, стр. 209 и прим. 5, находящими, что, даже когда возникаетъ вопросъ о самомъ правѣ состоянія, сторона не лишена возможности обратиться къ охранительному порядку судопроизводства объ исправленіи акта, такъ какъ нѣтъ основанія предполагать и въ этомъ случаѣ неизбѣжность спора отъ кого либо; судъ же управомоченъ вызвать всѣхъ лицъ, заинтересованныхъ въ исправленіи акта и, притомъ, опредѣленіе суда не имѣетъ силы по отношенію къ лицамъ, въ дѣлѣ не участвовавшимъ.

неподлежащею удовлетворенію въ порядкѣ исправленія метрическихъ книгъ просьба Эдли Куперманъ, ходатайствовавшей объ измѣненіи метрикъ ея дѣтей, названныхъ законнорожденными въ бракѣ ея съ австрійскимъ подданнымъ Гальберштамомъ, тогда какъ всѣ они родились внѣ брака [1]), ибо здѣсь рѣчь шла о самомъ правѣ состоянія (Status), о законности или незаконности рожденія дѣтей, а не о полученіи только надлежащаго документа относительно рожденія дѣтей.

Проводя такимъ образомъ разграничительную черту между состязательнымъ и охранительнымъ судопроизводствомъ по названнымъ дѣламъ, нельзя, однако, не замѣтить, что смежными и соприкасающимися между собою являются дѣла объ удостовѣреніи дѣйствительности браковъ и законности рожденія, по которымъ можетъ возникнуть сомнѣніе о принадлежности ихъ къ исковому или къ охранительному порядку, но это сомнѣніе отнюдь не можетъ относиться къ дѣламъ объ удостовѣреніи событія смерти. Эти послѣднія дѣла, въ качествѣ самостоятельныхъ производствъ, не связанныхъ съ другими вопросами права, какъ, напр., съ вопросомъ о правѣ наслѣдованія, могутъ производиться лишь въ охранительномъ порядкѣ, такъ какъ удостовѣреніе событія не можетъ составлять предмета иска, цѣль котораго—возстановленіе *нарушеннаго права* (ст. 1 уст. гражд. суд.). Даже въ смыслѣ присвоеннаго Прибалтійскимъ губерніямъ иска о признаніи (Feststellungsklage), требованіе объ установленіи событія смерти не можетъ быть предъявлено въ исковомъ порядкѣ, такъ какъ существенными условіями иска о признаніи являются: 1) установленіе *юридическаго отношенія*, а не естественнаго событія, какъ таковаго, 2) законный интересъ въ немедлен-

[1]) См. опред. 1 Д—та Прав. Сен. 15 мая 1900 г. № 4471. Волынское губернское правленіе отказало въ ходатайствѣ на томъ основаніи, что дѣти записаны происходящими отъ просительницы и ея мужа Гальберштама въ метрическихъ книгахъ за 1883, 1885 и 1887 г.г., и такая послѣдовательная запись дѣтей происходящими отъ однихъ и тѣхъ же родителей дѣлаетъ невозможнымъ предположеніе объ ошибкѣ писца. Жалобу на это опредѣленіе Сенатъ оставилъ безъ послѣдствій, такъ какъ установленіе законности или незаконности дѣтей не составляло обязанности губернскаго правленія. Ср. рѣш. гражд. касс. деп. 1882 г. № 155, по дѣлу Вихерта.

номъ, посредствомъ рѣшенія, установленія сего отношенія судомъ и 3) угроза праву со стороны кого либо (ст. 1801 уст. гражд. суд. [1]). Поэтому въ исковомъ порядкѣ событіе смерти можетъ быть устанавливаемо лишь какъ инцидентъ, въ связи съ тѣмъ правомъ, которое изъ этого событія проистекаетъ. Согласно съ симъ, Правительствующій Сенатъ, по Общему Собранію, въ вышеприведенномъ рѣшеніи по дѣлу Ситерманъ (1903 г. № 3) призналъ, что на почвѣ дѣйствующаго законодательства, „установленіе событія смерти можетъ входить въ обязанность суда гражданскаго лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда отъ установленія такого событія, какъ доказательства, *зависитъ разрѣшеніе вопросовъ о тѣхъ или иныхъ имущественныхъ или личныхъ правахъ*, разсмотрѣніе коихъ отнесено по закону къ вѣдѣнію суда; установленіе же одного лишь событія смерти, не связаннаго съ разсмотрѣніемъ упомянутыхъ правъ, къ вѣдомству суда не относится".

Правильность вывода о невозможности установленія событія смерти въ исковомъ порядкѣ подтверждается и тѣмъ, что признаніе лица умершимъ по безвѣстному отсутствію въ теченіе закономъ установленнаго срока производится исключительно въ охранительномъ порядкѣ судопроизводства (ст. 1947—1950 уст. гражд. суд.).

Германскій союзный законъ 6 февраля 1875 г. (§ 66), между прочимъ, постановляетъ, что судъ первой инстанціи, разсматривая дѣло объ исправленіи акта гражданскаго состоянія, можетъ, въ подлежащихъ случаяхъ, направить просителя къ судебному разбирательству (kann .... geeignetenfalls den Antragsteller auf den Processweg verweisen). Изъ смысла этого постановленія Гиншіусъ выводитъ заключеніе, что если судъ можетъ обратить дѣло къ исковому порядку, то отъ просителя, *во всѣхъ случаяхъ*, зависитъ, не прибѣгая къ охранительному порядку, домогаться исправленія акта путемъ иска, такъ какъ исковой порядокъ является ничѣмъ инымъ, какъ особымъ, болѣе надежнымъ, способомъ исправленія актовъ

---

[1]) См. объяснит. записку къ проекту новой редакціи уст. гражд. суд., т. I, стр. 5—8.

состоянія. Выраженіе же „geeignetenfalls" означаетъ именно тѣ случаи, когда судъ производствомъ дѣла въ охранительномъ порядкѣ не можетъ достигнуть предначертанной закономъ цѣли по причинѣ ли недостаточнаго матеріала, добытаго разслѣдованіемъ, или по важности юридическихъ послѣдствій, связанныхъ съ исправленіемъ акта, въ виду коихъ предпочтителенъ исковой порядокъ. Матеріальнымъ же основаніемъ такого иска служитъ предоставленное закономъ право требовать исправленія акта. Поэтому проситель, которому, вслѣдствіе чьего либо возраженія, отказано въ охранительномъ порядкѣ въ исправленіи акта, въ правѣ предъявить къ возражавшему искъ объ обязаніи его допустить исправленіе [1]). Противнаго мнѣнія Зихереръ, полагающій, что подъ выраженіемъ „geeignetenfalls" разумѣются такіе случаи, когда по матеріальнымъ гражданскимъ законамъ допустимъ искъ. На этомъ основаніи лицо, получившее отказъ въ исправленіи акта въ охранительномъ порядкѣ, можетъ предъявить искъ, если таковой ему принадлежитъ по закону, какъ, напр., въ томъ случаѣ, когда исправленіе записи о рожденіи должно было заключаться въ перемѣнѣ означенія родителей, отъ которыхъ ребенокъ родился. Въ этомъ случаѣ съ самаго начала былъ возможенъ искъ о законности рожденія (Statusklage) и обращеніе первоначально къ охранительному порядку исправленія метрической книги не препятствуетъ предъявленію впослѣдствіи этого иска. Равнымъ образомъ отклоненіе въ охранительномъ порядкѣ просьбы объ исправленіи въ метрикѣ дня смерти лица, если отъ этого исправленія зависитъ право наслѣдованія просителя, не лишаетъ послѣдняго возможности предъявить искъ о наслѣдствѣ и доказывать во время производства невѣрность метрической записи. Когда же, по основаніямъ матеріальнаго права, искъ не принадлежитъ просителю, то опредѣленіе суда объ отказѣ въ исправленіи акта, по вступленіи въ законную силу, преграждаетъ ему всякіе дальнѣйшіе пути къ подобному исправленію [2]).

---

[1]) Hinschius, op. c., стр. 196 и 197, прим. 75 и 76.
[2]) Sicherer, op. c., стр. 413—416.

Съ этимъ послѣднимъ мнѣніемъ, казалось бы, нельзя не согласиться. Не слѣдуетъ забывать, что исправленіе метрической записи имѣетъ цѣлью возстановленіе этой записи въ томъ видѣ, въ которомъ она должна была быть, если бы въ ней не было допущено ошибки или погрѣшностей. А такъ какъ и правильно веденная метрическая книга является лишь *доказательствомъ* зарегистрированныхъ въ ней событій, то и такую же силу доказательства, но не болѣе, имѣетъ и запись, исправленная по опредѣленію суда. Всякое же письменное доказательство можетъ, въ предѣлахъ, установленныхъ закономъ (ст. 410, 457 и 459 уст. гражд. суд.), быть опровергаемо другими доказательствами, если на такое опроверженіе лицо управомочено, т. е. вправѣ предстать на судъ въ качествѣ истца или отвѣтчика. Поэтому исправленіе или отказъ въ исправленіи метрическаго акта въ охранительномъ порядкѣ не вліяетъ на права лицъ, имѣющихъ, по закону, право на защиту, путемъ иска, своихъ личныхъ или имущественныхъ правъ, связанныхъ съ событіями, внесенными въ метрическую книгу, но производство объ исправленіи акта не расширяетъ этихъ правъ и не создаетъ возможности такихъ исковъ, которые, при веденіи метрическихъ книгъ въ полной исправности, были бы немыслимы, т. е. исковъ объ исправленіи или неисправленіи книгъ. Такимъ образомъ, вопреки мнѣнію Гиншіуса, искъ къ лицу, возражавшему въ охранительномъ порядкѣ противъ исправленія метрическаго акта, о признаніи его обязаннымъ допустить исправленіе, представляется немыслимымъ, точно также, какъ немыслимъ искъ о признаніи лица обязаннымъ допустить меня получить и воспользоваться извѣстнымъ актомъ, какъ доказательствомъ. Если это доказательство можетъ служить противъ притязаній означеннаго лица, то лицо это не лишено возможности, *вмѣстѣ съ предъявленіемъ своихъ притязаній* на судѣ, представить и подкрѣпить возраженія противъ такого доказательства.

Изложенное приводитъ къ заключенію: а) что охранительное судопроизводство объ исправленіи актовъ гражданскаго состоянія совершенно самостоятельно и независимо отъ исковаго судопроизводства по дѣламъ о самыхъ правахъ состоянія,

проистекающихъ изъ существованія законнаго брака и рожденія въ такомъ бракѣ; б) что искъ о правѣ состоянія (Statusklage) можетъ привести къ установленію, въ качествѣ инцидента, неправильности записи въ метрической книгѣ и послужить основаніемъ и къ исправленію книги, но, наоборотъ, исправленіе книги согласно опредѣленію суда, состоявшемуся въ охранительномъ порядкѣ, отнюдь не вліяетъ на возможность и предѣлы иска о правѣ состоянія, и в) что исправленіе такихъ погрѣшностей метрической книги, которыя не отражаются на самомъ правѣ состоянія, какъ, напр., ошибки въ правописаніи имени или фамиліи, въ чинѣ, званіи или вѣроисповѣданіи родителей ребенка и т. п., можетъ состояться исключительно въ охранительномъ порядкѣ.

IV.

Что же слѣдуетъ разумѣть подъ „исправленіемъ“ метрическихъ книгъ? Прежде всего надлежитъ замѣтить, что, въ отличіе отъ метрическихъ книгъ (Standesregister) западно-европейскихъ государствъ и губерній Царства Польскаго, составляемыхъ, подобно актовымъ книгамъ нотаріусовъ, путемъ внесенія цѣликомъ, въ хронологическомъ порядкѣ, всего содержанія сдѣланныхъ чиновнику гражданскаго состоянія заявленій, за подписями, по прочтеніи акта, участвующихъ въ заявленіи лицъ, свидѣтелей и самого чиновника [1]), а также въ отличіе отъ книгъ для сектантовъ, ведущихся съ такимъ же участіемъ заинтересованныхъ лицъ и свидѣтелей (т. IX, ст. 933, 945 и 952; правила о метрич. кн. баптистовъ, ст. 2; П. С. З. № 59452 прил.), наши метрическія книги ведутся въ формѣ таблицъ, подраздѣленныхъ на рубрики и графы, причемъ подписи участвующихъ и свидѣтелей, если и могутъ быть, то лишь по желанію, обязательны же лишь подписи духовныхъ лицъ, совершавшихъ религіозные обряды

[1]) Ст. 75—81 гражд. улож. 1825 г.; герм. союзный зак. 6 февр. 1875 г. §§ 12 и 13; швейцарскій союзный зак. 24 дек. 1874 г., ст. 2, 6, 16, 22, 39 и 42; франц. code civil, ст. 34, 38, 39 и 42. См. формуляры реестровъ въ германской имперіи у Гиншіуса, стр. 233—244.

при крещеніи, бракосочетаніи и погребеніи [1]). При этомъ участіе заинтересованныхъ лицъ въ актѣ внесенія въ метрическую книгу низведено до минимума, такъ какъ самъ законъ постановляетъ, что „родившіеся, бракосочетавшіеся и умершіе записываются въ книги не на память *или съ показанія семействъ*, но немедленно по исправленіи требы: какъ-то: молитвъ при рожденіи и крещеніи младенца, вѣнчанія и погребенія" (ст. 864 т. IX). Такимъ образомъ, показанія семействъ, т. е. непосредственно заинтересованныхъ лицъ, не могутъ даже служить источникомъ свѣдѣній, вносимыхъ въ метрическую книгу. Тѣмъ не менѣе, законъ оговариваетъ, что „всякій прихожанинъ, о которомъ лично, или же о членѣ его семейства, записано какое либо событіе въ метрическую книгу, имѣетъ право, по окончаніи богослуженія, просить священника показать ему, какъ именно то событіе записано, и, если бы оказались ошибки, просить объ исправленіи, и о вѣрности показанія свидѣтельствовать письменно въ особой графѣ", и что „священнослужители и причетники, въ отвращеніе ошибокъ, совершивъ какую либо требу и записавъ ее въ метрики, *тогда же* приглашаютъ участвовавшихъ и присутствовавшихъ обозрѣть вѣрность показанія и засвидѣтельствовать о томъ на самыхъ метрикахъ" (ст. 872). Эта гарантія, разсчитанная на то, что требованіе о *немедленной*, по исправленіи требы, запискѣ о томъ въ книгу будетъ въ точности исполняемо, оказывается на дѣлѣ лишенною практическаго значенія, благимъ пожеланіемъ, рѣдко осуществляемымъ въ дѣйствительности, такъ какъ записка въ метрическую книгу производится весьма часто не непосредственно послѣ совершенія требы, когда участвующіе и присутствующіе налицо, а чрезъ нѣкоторый промежутокъ времени, келейно, въ отсутствіе заинтересованныхъ въ правильности записи. Но и такой гарантіи, установленной только для православныхъ прихожанъ, не существуетъ для лицъ инославныхъ и иновѣрныхъ исподаній (ср. ст. 882, 886, 890, 905 и 913). При всемъ томъ, метрическія книги пользуются силою актовъ публич-

---

[1]) См. формы метрич. кн. въ прил. къ ст. 861, 904 и 913 т. IX, изд. 1899 г.

ныхъ и служатъ главныхъ доказательствомъ какъ законности брака и рожденія, такъ и событія смерти (т. X ч. I, ст. 34 и 122; уст. гражд. суд., ст. 1354 и 1355; т. XVI ч. 2, изд. 1892 г., ст. 147). Обезпеченіемъ правильности ихъ веденія является, главнымъ образомъ, личная отвѣтственность духовныхъ или гражданскихъ лицъ, на коихъ возложена обязанность содержать ихъ въ исправности. Въ качествѣ актовъ публичныхъ, удостовѣряющихъ столь важные для государства и для частныхъ лицъ интересы, какъ права состоянія, акты эти, метрическія записи, по подписаніи ихъ подлежащими должностными лицами, не могутъ сими лицами быть въ чемъ либо измѣняемы или дополняемы, ибо, при допущеніи подобныхъ измѣненій, акты эти потеряли бы всякую силу. Вотъ почему законъ постановляетъ, что записка въ метрическія книги „производится самимъ священникомъ или чрезъ діаконовъ и причетниковъ со всевозможною вѣрностью и исправностью, всякія подчистки въ метрическихъ книгахъ строго запрещаются, и если бы случилась погрѣшность писца, то погрѣшительно написанное надлежитъ оградить со всѣхъ сторонъ чертами и потомъ продолжать писать, что должно" (ст. 866 т. IX; ср. ст. 915).

Какъ уже выше (№ II) упомянуто, буквальный смыслъ этого постановленія не оставляетъ сомнѣнія въ томъ, что исправленіе погрѣшностей возможно лишь при самомъ внесеніи записи въ книгу, до подписанія ея должностными лицами, ведущими метрическія книги, ибо вслѣдъ за подписями слѣдуютъ уже другія записи, а слѣдовательно „продолжать писать, что должно" представляется невозможнымъ, а если бы погрѣшность оказалась въ первой строкѣ записи, нужно было бы переписать вновь почти всю запись.

Такимъ образомъ, въ текстѣ записи не допускается никакихъ помарокъ и приписокъ, за исключеніемъ обвода погрѣшительно написанныхъ словъ чертами, съ оговоркою о томъ въ концѣ статьи (ст. 915), передъ подписью, конечно, лица, ведущаго книгу.

Изложенное приводитъ къ заключенію, что подъ „исправленіемъ" метрическаго акта разумѣется всякое измѣненіе

буквальнаго содержанія внесенной въ метрическую книгу записи послѣ подписанія ея должностными лицами, ведущими метрическія книги. Подобныя исправленія, въ виду отсутствія въ законѣ указаній на возможность какихъ либо, даже въ особыхъ графахъ, дополненій къ записямъ, могутъ, въ формѣ отдѣльныхъ постановленій, исходить отъ подлежащихъ органовъ административной или судебной власти, а отнюдь не отъ самихъ должностныхъ лицъ, ведущихъ метрическія книги, и должны быть, затѣмъ, отмѣчаемы въ этихъ книгахъ.

Въ такомъ именно смыслѣ понимаютъ терминъ „исправленіе" (Berichtigung) и всѣ узаконенія, инструкціи и постановленія, послѣдовавшія въ отдѣльныхъ, входящихъ въ составъ германской имперіи, государствахъ въ дополненіе закона 6 февраля 1875 г. Такъ, циркуляромъ Баварскаго министра внутреннихъ дѣлъ отъ 5 декабря 1875 г. разъяснено, что если въ актахъ метрическихъ книгъ окажутся погрѣшности, вслѣдствіе ли того, что участвующіе въ актѣ дали неточныя или неполныя показанія или вслѣдствіе невѣрнаго ихъ пониманія чиновникомъ гражданскаго состоянія, то слѣдуетъ различать—завершенъ ли уже актъ подписью этого чиновника или нѣтъ. Если завершенъ, то исправленіе погрѣшностей можетъ послѣдовать лишь по распоряженію суда; въ противномъ же случаѣ исправленіе дѣлается на поляхъ метрической книги за подписью участвующихъ и самого чиновника (п. 3) [1]).

Еще точнѣе опредѣляютъ понятіе исправленія правила 3 ноября 1875 г., изданныя великимъ герцогомъ Гессенскимъ, въ коихъ, въ поясненіе §§ 65 и 66 закона 6 февраля 1875 г., указано, что подъ „исправленіемъ" записи въ реестрѣ гражданскаго состоянія разумѣется всякое, въ законченной подписью чиновника гражданскаго состоянія статьѣ, измѣненіе, которое должно послѣдовать по тому соображенію, что содержаніе статьи, въ моментъ внесенія, не соотвѣтствовало

---

[1]) См. Hinschius, н. с., стр. 225.

фактическимъ обстоятельствамъ (Sachverhalt) [1]); такое измѣненіе можетъ быть сдѣлано лишь по постановленію суда [2]). Нѣсколько шире устанавливаетъ понятіе „исправленія“ Гиншіусъ, находящій, что подъ этимъ терминомъ слѣдуетъ разумѣть всякое измѣненіе въ *словахъ* (а не въ фактическихъ обстоятельствахъ) самостоятельной записи или отмѣтки на поляхъ реестра, скрѣпленныхъ уже подписью чиновника гражданскаго состоянія.

Поэтому исправленіемъ будетъ: а) измѣненіе записи, несоотвѣтствовавшей въ моментъ внесенія дѣйствительнымъ обстоятельствамъ; б) измѣненіе словъ, въ которыхъ допущены описки или ошибки, и в) дополненіе неполной записи, т. е. внесеніе въ нее такихъ свѣдѣній, которыя не были извѣстны въ моментъ внесенія, какъ напр. дня или часа смерти, религіи, возраста умершаго и т. п. [3]).

Послѣдняго рода измѣненія записи Зихереръ не считаетъ исправленіемъ, а лишь дозволеннымъ самому чиновнику гражданскаго состоянія добавленіемъ (Zusatz), усовершенствованіемъ (Vervollständigung) записи [4]). Мнѣніе Гиншіуса вполнѣ совпадаетъ со взглядомъ на этотъ вопросъ французскихъ юристовъ, которые относятъ къ исправленію (rectification) и *всякое* дополненіе или измѣненіе записи въ реестрѣ гражданскаго состоянія [5]). Для насъ приведенное разногласіе о до-

[1]) Ibid., стр. 320. „Unter Berichtigung einer Eintragung in dem Standesregister ist jede Abänderung zu veretshen, die an einer durch die Unterschrift des Standesbeamten vollzogenen Eintragung aus dem Grunde vorgenommen werden soll, weil der Inhalt der Eintragung zur Zeit ihrer Vornahme dem wirklichen Sachverhalt nicht entspricht“.

[2]) Подобныя же, въ существѣ, правила преподаны и во многихъ другихъ государствахъ германской имперіи; см. ib. для Виртемберга, стр. 275; для Бадена, стр. 282 § 25, и стр. 285 § 23; для Мекленбургъ-Шверина стр. 329 § 3; для великаго герцогства Саксоніи стр. 337 § 7; для Ольденбурга стр. 355 § 5, для Саксенъ-Мейнингена стр. 366 § 20 и стр. 381 § 82; для Шварцбургъ-Рудольфштадта стр. 397 § 7; для Шварцбургъ-Зондергаузена стр. 410 § 6; для Рейссъ старшей линіи стр. 421 § 3; для Рейссъ младшей линіи стр. 429 § 5; для Шаумбургъ-Липпе, стр. 437 § 3; для Липпе стр. 446 отд. VII и стр. 456 отд. XIII; для Эльзасъ-Лотарингіи стр. 472 § 16.

[3]) Hinschius, op. c., стр. 192 и 193, прим. 2.

[4]) Sicherer, н. с., стр. 404—409, прим. 1, 4 и 5.

[5]) См. Aubry и Rau, Cours de droit civil français, т. 1, изд. 4, стр. 208.

пустимости дополненія записей внѣ порядка исправленія метрическихъ актовъ не имѣетъ значенія, такъ какъ нашъ законъ вообще не предусматриваетъ возможности какихъ либо измѣненій или восполненій записей со стороны лицъ, ведущихъ метрическія книги, послѣ подписанія ими этихъ записей.

Само собою разумѣется, что подъ понятіе „исправленія“ подходитъ и исключеніе изъ книги цѣлой записи, какъ это имѣетъ мѣсто при двойныхъ записяхъ одного и того же событія [1]).

Съ другой стороны, къ исправленію метрическихъ книгъ должно быть отнесено и пополненіе книги записями, въ нихъ вовсе *пропущенными*. Въ Германіи, гдѣ внесеніе записи о событіи въ метрическую книгу совершенно отдѣлено отъ сопровождающаго это событіе религіознаго обряда, подобное „исправленіе“ книги недопустимо и представляется излишнимъ, такъ какъ эта самая запись можетъ быть внесена и по истеченіи установленныхъ закономъ сроковъ, но лишь съ особаго разрѣшенія учрежденія, надзирающаго за чиновникомъ гражданскаго состоянія (зак. 6 февр. 1875 г. §§ 27 и 60) [2]).

Французское законодательство, устанавливая, подобно германскому, сроки для заявленія чиновнику гражданскаго состоянія о событіяхъ, подлежащихъ внесенію въ реестръ гражданскаго состоянія, держится, относительно внесенія записей послѣ установленнаго срока, иного воззрѣнія, допуская

„Aucune addition, aucun retranchement, aucun chengement ne peut avoir lieu sur les registres de l'état civil, si ce n'est en vertu d'une décision rendue par l'autorité judiciaire.... Il peut y avoir lieu à rectification... lorsqu'un acte de l'état civil renferme des erreurs, présente des omissions, contient des énonciations qui n'auraient pas dû y être portées, ou attribue aux personnes qui s'y trouvent dénommées, des noms ou des titres qui ne leur appartiennent pas“. Ср. также Zachariä, н. с., стр. 202.

[1]) См. опред. 1 д—та Сената 16 окт. 1900 г. за № 8140 по д. Гофмана, ходатайствовавшаго объ исключеніи послѣдней записи о рожденіи его сына Самуила, записанномъ въ метрической книгѣ дважды (17 и 23 янв. 1883 г.), а также опред. 13 ноября 1903 г. за № 9287 по д. Шулянскаго, сынъ котораго записанъ дважды: въ день предположеннаго, но отложеннаго обряда обрѣзанія и въ день дѣйствительнаго исполненія обряда.

[2]) См. Зихереръ, н. с., стр. 409; Hinschius, н. с., стр. 192 прим. 61 п. 2.

подобное внесеніе лишь въ порядкѣ исправленія метрическихъ актовъ, т. е. по опредѣленіямъ суда [1]). Такое же начало точно выражено въ законѣ для губерній б. Царства Польскаго, предусматривающемъ невнесеніе акта въ метрическую книгу по нерадѣнію или записку его на отдѣльныхъ листахъ (а не въ книгу), и возможность въ этомъ случаѣ доказывать событіе, подлежавшее внесенію въ книгу, на судѣ либо документами, либо свидѣтельскими показаніями (гражд. улож. 1825 г. ст. 89, 90 и 122; полож. о союзѣ брач. 1836 г., ст. 232).

Во внутреннихъ губерніяхъ Россіи вопросъ этотъ не можетъ возбуждать сомнѣній, такъ какъ записка событія въ метрическую книгу неразрывно связана съ совершеніемъ религіознаго обряда (крещенія, обрѣзанія, нареченія имени, брака, погребенія), обрядъ же этотъ дважды повторенъ быть не можетъ. Даже въ тѣхъ случаяхъ, когда религіозный обрядъ игнорируется закономъ и веденіе метрическихъ книгъ возложено на органовъ гражданской власти, какъ напр. у раскольниковъ, основаніемъ и существомъ брачнаго союза признанъ религіозный обрядъ по вѣроученію брачущихся, а не запись въ полицейскую метрическую книгу, являющаяся удостовѣреніемъ, доказательствомъ состоявшагося брака и могущая быть восполненною судебною властью (р. гражд. касс. деп. 1902 г. № 69 по д. Снѣтковой). Равнымъ образомъ незаявленіе въ теченіе года о рожденіи у раскольниковъ ребенка для внесенія въ метрическую книгу не лишаетъ возможности доказывать законность рожденія по суду (ст. 953 т. IX и ст. 1356[5] уст. гражд. суд.) [2]). Уставъ духовныхъ

[1]) Aubry et Rau, н. с., стр. 204, текстъ и прим. 11 и 12, стр. 205 и 208 № 2; Zachariä, н. с., стр. 203 и 202.

[2]) Хотя такое восполненіе метрической книги недостающими записями совершается нынѣ не иначе, какъ порядкомъ исковаго судопроизводства (ст. 1356[3] и 1356[5] уст. гражд. суд.), но, съ присвоеніемъ наставникамъ и настоятелямъ старообрядцевъ и сектантовъ званія духовныхъ лицъ (п.п. 9 и 10 Высоч. указа 17 апрѣля 1905 г.) и возложеніемъ на нихъ обязанностей по веденію метрическихъ книгъ своихъ единовѣрцевъ (п. 12 Высоч. утв. того же 17 апр. 1905 г. полож. комитета министровъ), всѣ отступленія отъ общаго порядка исправленія актовъ гражданскаго состоянія должны, по выработкѣ надлежащихъ по сему предмету правилъ, быть упразднены.

консисторій тоже предусматриваетъ случаи незаписки событій браковъ или рожденій въ метрическихъ книгахъ, опредѣляя, чѣмъ въ этихъ случаяхъ могутъ быть доказываемы эти событія (ст. 260, 265—268).

Тождественными съ пропусками записей о событіяхъ являются и истребленіе или вырваніе листа книги, содержавшаго подлежащую запись, а также совершенное неведеніе, утрата, или уничтоженіе какимъ либо несчастнымъ случаемъ метрической книги, ибо во всѣхъ этихъ случаяхъ въ книгахъ не содержится удостовѣренія тѣхъ событій, для которыхъ онѣ, по закону, должны служить доказательствомъ, и событія эти приходится устанавливать компетентной судебной власти. Всѣ эти случаи отнесены къ порядку исправленія актовъ гражданскаго состоянія гражданскимъ уложеніемъ губерній Царства Польскаго (ст. 122 и полож. о союзѣ брачн. ст. 232), а также французскимъ гражданскимъ кодексомъ (art. 46) [1]). Германскій же законъ 6 февр. 1875 г. объ этихъ случаяхъ исправленія актовъ состоянія не упоминаетъ и комментаторы его находятъ порядокъ исправленія къ этимъ случаямъ непримѣнимымъ, утверждая, что метрическіе акты должны быть совершены вновь тѣмъ же порядкомъ, какимъ совершаются первоначальные акты, т. е. у чиновника гражданскаго состоянія, но лишь съ разрѣшенія надзирающаго учрежденія, аналогично съ порядкомъ, предписаннымъ §§ 27 и 60 для внесенія актовъ послѣ установленныхъ сроковъ [2]). Въ этомъ именно смыслѣ содержитъ въ себѣ прямое предписаніе Баденскій законъ 9 дек. 1875 г. о введеніи въ дѣйствіе союзнаго закона 6 февр. того же года. § 27 этого закона постановляетъ, что если реестръ гражданскаго состоянія не былъ веденъ, или прерванъ, въ цѣломъ или въ части истребленъ или утраченъ, то акты возстановляются чиновникомъ гражданскаго состоянія, но лишь по распоряженію мирового судьи (Amtsgericht; ср. также §§ 135, 136, 139 и 143 инструкціи

---

[1]) См. также Zachariä, н. с., стр. 202, прим. 2; Demolombe, Cours de code civil, т. 2, №№ 322—324.

[2]) Зихереръ, назв. с., стр. 409, Hinschius, н. с., стр. 67 прим. 7.

баденскаго министра народнаго просвѣщенія и исповѣданій 31 дек. 1886 г.) [1]. Нашъ законъ предусматриваетъ случай неимѣнія книгъ (уст. гражд. суд., ст. 1356) и кассаціонный департаментъ Сената, какъ уже выше упомянуто, призналъ допустимымъ пополненіе метрическихъ книгъ евреевъ актами, въ нихъ пропущенными по случаю неведенія книгъ (р. 1900 г. № 35), но, за отсутствіемъ особыхъ правилъ о порядкѣ исправленія метрическихъ книгъ, распространилъ на эти случаи постановленія уст. гражд. суд. по спорамъ о законности рожденія.

Такимъ образомъ *подъ „исправленіемъ" метрическихъ актовъ разумѣется не только измѣненіе содержанія внесенныхъ въ метрическія книги записей, но и пополненіе этихъ книгъ актами, въ нихъ пропущенными или утраченными и истребленными, а также своевременно не состоявшимися по неведенію книгъ.*

Слѣдуетъ, однако, замѣтить, что подъ понятіе „исправленіе" не могутъ быть подводимы такія измѣненія въ записяхъ, которыя обусловливаются не неправильностью содержанія этихъ записей въ моментъ внесенія въ книгу, а послѣдующими перемѣнами обстоятельствъ или положенія заинтересованныхъ лицъ, какъ напр. перемѣною ихъ правъ состоянія пожалованіемъ или возведеніемъ родителей ребенка въ дворянское достоинство, перемѣною ими религіи, узаконеніемъ, усыновленіемъ и т. п. Эти перемѣны, хотя и могутъ быть отмѣчаемы въ метрическихъ книгахъ, но къ исправленію актовъ въ техническомъ смыслѣ не относятся.

Не могутъ также въ порядкѣ исправленія метрическихъ актовъ подлежать восполненію въ метрическихъ книгахъ такія формальности, соблюденіе коихъ предписано закономъ въ цѣляхъ присвоенія этимъ книгамъ публичной достовѣрности, какъ напр. присутствіе свидѣтелей, подписи должностныхъ лицъ, ведущихъ книги и т. п. Въ этихъ случаяхъ рѣчь можетъ быть о дѣйствительности или недѣйствительности акта, объ оцѣнкѣ акта съ такими дефектами съ точки зрѣнія его

---

[1]) Hinschius, стр. 282, 296 и 297.

доказательной силы, а не о послѣдующемъ восполненіи его формальныхъ или матеріальныхъ недостатковъ. Для гарантированія соблюденія этихъ формъ, законъ устанавливаетъ уголовныя и дисциплинарныя взысканія (т. IX, ст. 870 и 915; ст. 1442 улож. о нак.; ст. 426 угол. улож. 1903 г.; уст. дух. конс., ст. 193). Такого рода исправленія не допускаютъ ни германское [1]), ни французское [2]) законодательства.

Къ порядку исправленія актовъ не можетъ быть отнесена и записка акта въ ненадлежащую часть метрической книги, ибо и въ этомъ случаѣ имѣется въ наличности лишь формальная неисправность, не вліяющая на актъ [3]).

Въ заключеніе считаю необходимымъ остановиться на мнѣніи В. Л. Исаченко, который въ своемъ сочиненіи „Русское гражданское судопроизводство" т. II, вып. 1, стр. 19—21, указывая, что удостовѣреніе незаписаннаго въ метрическія книги брака можетъ послѣдовать лишь со стороны духовной власти, что̀ и выражено относительно лицъ православнаго и римско-католическаго исповѣданія въ ст. 206 и 258 уст. дух. конс. и въ ст. 64, II, т. XI ч. 1, изд. 1896 г., находитъ, что такъ какъ браки евреевъ констатируются записью въ метрическія книги (т. IX ст. 1080), то „нужно прійти къ заключенію, что и браки между евреями могутъ быть удостовѣряемы только духовными лицами іудейскаго исповѣданія, если признать, что *и для нихъ, какъ для раскольниковъ, единственнымъ доказательствомъ событія брака слу-*

---

1) См. Sicherer, н. с., стр. 410; Hinschius, н. с., стр. 192 прим. 61.

2) Code civil. ст. 50 и 52; Zachariä, н. с., стр., 189, 190 прим. 11, стр. 201 прим. 2 и стр. 203; Aubry et Rau, н. с., стр. 210.

3) См. опред. 1 д—та Сената 19 октября 1898 г. по д. раскольника Кондратьева, бракъ коего записанъ Рыбинскимъ городскимъ полицейскимъ управленіемъ въ книгѣ лит. Д вмѣсто л. В. Ярославское губернское правленіе, усмотрѣвъ эту неправильность и сдѣлавъ о томъ надписи на означенныхъ книгахъ, отказало затѣмъ Кондратьеву въ просьбѣ о внесеніи брака его въ подлежащую книгу, находя, что, за такимъ нарушеніемъ, вопросъ о дѣйствительности брака подлежитъ разсмотрѣнію суда. Сенатъ это постановленіе губернскаго правленія отмѣнилъ, признавъ, что перенесеніе записи изъ одной книги въ другую имѣетъ лишь формальное значеніе и не обусловливаетъ собою разсмотрѣнія вопроса о дѣйствительности или недѣйствительности брака судомъ; исправленіе такой неформальности—обязанность губернскаго правленія.

жатъ метрическія ихъ книги, и что разъ въ этихъ послѣднихъ бракъ не записанъ и не можетъ быть записанъ, онъ ничѣмъ не можетъ быть удостовѣренъ". Этотъ выводъ, по утвержденію названнаго автора, относительно браковъ раскольниковъ явствуетъ изъ ст. 78 т. X ч. 1, постановляющей, что „браки раскольниковъ пріобрѣтаютъ въ гражданскомъ отношеніи силу и послѣдствія законнаго брака *чрезъ записаніе ихъ въ установленныя для сего особыя метрическія книги"* [1]), а также изъ рѣшеній Правительствующаго Сената о непримѣнимости къ раскольникамъ ст. 35 и 36 зак. гражд., по которымъ метрики могутъ быть замѣняемы другими доказательствами (рѣш. 1894 г. №№ 35 и 36). „Такая строгость закона—заключаетъ авторъ—вполнѣ объяснима. Если бы была допущена возможность доказывать раскольническіе браки инымъ путемъ, кромѣ установленныхъ метрикъ,—послѣднія потеряли бы всякое значеніе и законъ 19 апрѣля 1874 г. обратился бы въ мертвую букву".

Изъ изложеннаго слѣдуетъ, что браки сектантовъ и евреевъ, не записанные въ метрическія книги, ничѣмъ не могутъ быть удостовѣрены, такъ что законность такихъ браковъ не можетъ быть установлена судомъ даже въ исковомъ, а тѣмъ болѣе въ охранительномъ порядкѣ судопроизводства, т. е. въ порядкѣ исправленія метрическихъ книгъ. Такой суровый выводъ, долженствующій лишить законныхъ супруговъ и родившихся отъ нихъ дѣтей правъ состоянія, едва ли можетъ найти себѣ оправданіе въ буквѣ и разумѣ закона.

Прежде всего замѣчу, что изъ того обстоятельства, что браки евреевъ и сектантовъ должны быть записываемы въ установленныя для нихъ метрическія книги, не слѣдуетъ вовсе, что эти книги служатъ *единственнымъ* доказательствомъ брака, и отсутствіе записей въ книгахъ дѣлаетъ и самые браки какъ бы несуществовавшими. Метрическія книги, по закону, обязательно ведутся для всѣхъ почти подданныхъ Россійской Имперіи какъ христіанскихъ, такъ и нехристіанскихъ исповѣданій и, тѣмъ не менѣе, нигдѣ въ законѣ не

[1]) Курсивъ цитируемаго автора.

выражено такого начала, чтобы ими однѣми могли быть доказываемы событія, подлежащія внесенію въ эти книги. Наоборотъ, постановляя, что метрическія книги суть акты, общіе для *всѣхъ состояній*, удостовѣряющіе состояніе *каждаго* лица (т. IX, ст. 858, I), законъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, оговариваетъ, что онѣ признаются *главнымъ* (а не единственнымъ) доказательствомъ тѣхъ событій, для регистраціи коихъ онѣ установлены (т. X ч. 1 ст. 34 и 121), причемъ, относительно лицъ православнаго исповѣданія, законъ прямо предусмотрѣлъ возможность удостовѣренія событія брака, помимо метрическихъ книгъ, если бракъ въ этихъ книгахъ не записанъ (ст. 260 уст. дух. конс.). Въ отношеніи лицъ римско-католическаго исповѣданія хотя законъ положительно не указываетъ на способы удостовѣренія незаписаннаго въ метрическія книги брака, упоминая лишь объ удостовѣреніи консисторіею законности или незаконности брака (т. XI, ч. 1, ст. 64, II), но Правительствующій Сенатъ, какъ уже выше (№ II) упомянуто, призналъ, что исправленіе неправильностей метрическихъ книгъ, а слѣдовательно и пропусковъ въ нихъ, относится къ вѣдѣнію суда. Равнымъ образомъ I департаментъ Правительствующаго Сената разрѣшилъ Херсонскому губернскому правленію внести въ метрическую книгу пропущенную въ ней запись о бракѣ еврея Капелюха съ дѣвицею Хаею Гройсманъ [1]), а по другимъ, восходившимъ на его разсмотрѣніе, дѣламъ призналъ подобное пополненіе метрическихъ книгъ записями о пропущенныхъ въ нихъ бракахъ относящимся къ обязанности судебной власти [2]). Такимъ образомъ незаписка брака еврея въ метрическую книгу не признавалась Сенатомъ такимъ обстоятельствомъ, которое лишаетъ возможности удостовѣренія событія брака въ административномъ или судебномъ порядкѣ. Нельзя не обратить вниманія на то, что незаписка брака въ метрическія книги и невозможность возстановленія событія брака никакими

[1]) Опред. 18 февр. 1897 г. № 1579.

[2]) См. опред.: 13 іюня 1900 г. № 5607 по д. Гликладъ и № 5611 по д. Бендетъ; 25 сентяб. 1902 г. № 7250 по д. Эстеръ Роговиной.

другими доказательствами преграждали бы рожденнымъ въ такомъ бракѣ дѣтямъ путь къ достиженію признанія законности ихъ рожденія, ибо, по ст. 120 т. X ч. 1, для признанія предъ судомъ законности рожденія слѣдуетъ доказать: во-первыхъ, дѣйствительность и законность брака, отъ коего рожденъ доказывающій, во-вторыхъ, самое рожденіе его отъ сего брака. Между тѣмъ гражданскій кассаціонный департаментъ по дѣлу евреевъ Штильмановъ призналъ, что по тѣмъ дѣламъ, по которымъ истцами *не могутъ быть представлены метрическія свидѣтельства ни о рожденіи ихъ отъ брака указываемыхъ ими родителей, ни о законности таковаго* (*брака*), отвѣтчикомъ является прокуроръ и что „евреи, не имѣющіе, по несуществованію метрическихъ книгъ, установленныхъ свидѣтельствъ о рожденіи своемъ отъ законнаго брака, въ правѣ предъявлять, въ порядкѣ, опредѣленномъ въ раздѣлѣ III кн. III уст. гражд. суд., иски о признаніи ихъ законнорожденными дѣтьми указанныхъ ими лицъ“ (рѣш. 1900 г. № 35).

Въ томъ же, въ существѣ, смыслѣ высказался Правительствующій Сенатъ и относительно дѣтей, родившихся отъ брака раскольниковъ, незаписаннаго въ метрическія книги. Сенатъ, останавливаясь на смыслѣ закона 19 апрѣля 1874 г. и указывая, что „самъ законъ признаетъ брачныя сопряженія раскольниковъ, состоявшіяся до 19 апрѣля 1894 г., но еще незаписанныя въ метрическія книги, браками существующими“ и что незаписка въ эти книги супругами, пережившими введеніе закона 1874 г., своего брака и рожденныхъ отъ него дѣтей не лишаетъ послѣднихъ безвозвратно права установить свою законнорожденность, коль скоро существованіе самаго брака можетъ быть доказано, призналъ, что констатировать свою законнорожденность дѣти могутъ посредствомъ обращенія къ установленной на то власти или же съ требованіемъ о признаніи законности рожденія непосредственно къ суду (рѣш. 1897 г. № 65 по д. Волкова).

Наконецъ, въ рѣшеніи 1902 г. № 69 по д. Снѣтковой, Сенатъ, подробно разсмотрѣвъ вопросъ о значеніи браковъ раскольниковъ, незаписанныхъ въ метрическія книги, устано-

вилъ, „что актомъ, служащимъ основаніемъ брачнаго союза раскольниковъ, законъ нашъ признаетъ религіозный обрядъ вѣнчанія, совершенный, согласно вѣрованію брачущихся, *но не запись брака въ метрическія книги*“, и что эта запись „ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть разсматриваема въ качествѣ такого акта, который устанавливаетъ самое совершеніе брака“. „Если же—продолжаетъ Сенатъ—таково значеніе этихъ записей, *то недостатокъ ихъ, несомнѣнно, можетъ быть восполненъ въ подлежащихъ случаяхъ участіемъ власти судебной*... Если бракъ не записанъ въ установленную книгу, то суду предстоитъ удостовѣриться . . . въ наличности условій, свидѣтельствующихъ о дѣйствительности брака. Опредѣленіе суда, установляющее эту дѣйствительность, послѣ судебнаго разсмотрѣнія дѣла, по меньшей мѣрѣ, равносильно тому гражданскому акту, который . . . достаточенъ для узаконенія раскольничьяго брака“. Далѣе Сенатъ нашелъ, что „въ силу ст. 78 т. X ч. 1 по изд. 1900 г., браки раскольниковъ пріобрѣтаютъ въ гражданскомъ отношеніи, чрезъ записаніе въ установленныя для сего особыя метрическія книги (ср. зак. о сост. изд. 1899 г. ст. 931—954), силу и послѣдствія законнаго брака. Такое изложеніе закона свидѣтельствуетъ о томъ, что записаніе брака въ книгу составляетъ установленное закономъ доказательство его совершенія. Оно замѣняетъ собою церковную метрику, не признаваемую закономъ въ отношеніи раскольниковъ въ томъ значеніи, какое имѣютъ такія метрики церкви православной (ст. 34 т. X ч. 1). *Но предустановленнымъ доказательствомъ, не допускающимъ предъ гражданскимъ судомъ возможности доказыванія дѣйствительности брака никакими другими способами, эта запись признаваема быть не можетъ*. Прежде всего, законъ нигдѣ не устанавливаетъ этой предустановленности и не ограничиваетъ гражданскій судъ въ принятіи отъ сторонъ доказательствъ по дѣламъ брачнымъ допущеніемъ этого единственнаго доказательства, а затѣмъ и по свойству своему исполненіе обряда записанія раскольничьяго брака въ книгу не имѣетъ признаковъ указанной предустановленности“.

Изложенныя данныя и соображенія, въ связи съ тѣмъ, что самъ Сенатъ отступился отъ взгляда на запись брака раскольниковъ, проведеннаго имъ въ рѣшеніяхъ 1894 г. №№ 35 и 36, казалось бы, исключаютъ всякое сомнѣніе въ несостоятельности заключенія В. Л. Исаченко о предустановленности и исключительной доказательной силѣ метрическихъ книгъ для евреевъ и раскольниковъ и о невозможности возстановленія пропущеннаго въ этихъ книгахъ событія брака никакими другими доказательствами предъ судомъ (когда дѣло, по закону, подвѣдомо судебной власти) въ порядкѣ исковаго, а если будутъ установлены правила объ исправленіи метрическихъ актовъ, то и въ порядкѣ охранительнаго судопроизводства [1]).

Не излишне при этомъ замѣтить, что въ губерніяхъ Царства Польскаго охранительный порядокъ исправленія актовъ гражданскаго состоянія распространяется на лицъ всякихъ инославныхъ и иновѣрныхъ исповѣданій (гражд. улож. ст. 122), а также на раскольниковъ, веденіе метрическихъ книгъ коихъ хотя и подчинено Высочайше утвержденнымъ, 27 іюня 1875 г., журналомъ Комитета Министровъ правиламъ закона 19 апрѣля 1874 г., но безъ отмѣны, однако, общаго для названныхъ губерній порядка исправленія актовъ гражданскаго состоянія. Непримѣненіе этого порядка къ раскольникамъ, при лишеніи всякой иной власти, кромѣ судебной, права исправлять метрическія книги, поставило бы раскольниковъ въ безпомощное и безправное положеніе, что̀ едва ли входило въ намѣренія законодателя.

Нельзя обойти молчаніемъ и соображеній редакціонной коммисіи, приведенныхъ подъ статьею 591 кн. 2 проекта гражданскаго уложенія (т. II, изд. 1902 г., стр. 403). Ссылаясь на ст. 872 т. IX, допускающую исправленіе ошибокъ, оказавшихся въ метрическихъ актахъ, и заявляя, что „если эти поправки оговорены въ концѣ акта и удостовѣрены подписью должностныхъ лицъ и тѣхъ частныхъ лицъ, коихъ лично или членовъ семейства коихъ касается актъ или

---

[1]) Ср. Анненковъ, Система гражд. права, т. V, стр. 88 и 89.

которыя замѣтили ошибку и просили объ исправленіи, то противъ этого способа исправленія ошибокъ или описокъ трудно представить какія либо уважительныя возраженія", составители проекта поясняютъ: „Описки или ошибки въ метрической книгѣ часто бываютъ дѣломъ писца и *своевременное* исправленіе ихъ должно быть не только дозволено, но и поставлено въ обязанность священнику или иному должностному лицу, ведущему эту книгу, коль скоро ошибка или описка будетъ имъ замѣчена". Понятіе же „своевременное" устанавливается составителями проекта слѣдующими строками: „Само собою разумѣется однако, что этотъ простой способъ исправленія метрическихъ книгъ возможенъ лишь дотолѣ, пока второй экземпляръ ихъ еще не отосланъ въ консисторію или иное подлежащее установленіе" (т. е. по крайней мѣрѣ до окончанія текущаго года; ст. 594 пр.).

Эти сужденія представляются едва ли правильными. Ст. 872 т. IX, какъ уже *выше* упомянуто, стоитъ въ связи со ст. 864, предписывающею вносить въ книгу подлежащія событія „немедленно по исправленіи каждой требы", и, посему, право прихожанина просить объ исправленіи записи „по окончаніи богослуженія" (не какого либо богослуженія, а того именно, которое предшествуетъ внесенію событія въ книгу), ограничивается лишь временемъ окончательнаго завершенія этого внесенія, т. е. скрѣпленія внесенія подписью священника. Распространять же это право и признавать его желательнымъ въ теченіе весьма, иногда, продолжительнаго времени—до отсылки втораго экземпляра метрической книги въ подлежащее установленіе—значило бы предоставить лицу, ведущему метрическія книги, самому измѣнять и дополнять метрическіе акты и тѣмъ поколебать всякую ихъ достовѣрность и силу. Такого права измѣненія публичныхъ актовъ законъ не даетъ ни нотаріусу, ни какому либо иному должностному лицу, и не допускаетъ ни одно изъ западно-европейскихъ законодательствъ, а также гражданское уложеніе губерній Царства Польскаго, относящее всякое исправленіе метрическаго акта послѣ окончательнаго его совершенія къ вѣдомству суда (ст. 75, 80 и 140).

V.

Обращаясь, затѣмъ, къ процессуальнымъ правиламъ, долженствующимъ опредѣлять порядокъ производства дѣлъ объ исправленіи актовъ гражданскаго состоянія, надлежитъ, прежде всего, установить подсудность этихъ дѣлъ, какъ родовую, такъ и мѣстную, а также срокъ на ихъ возбужденіе и выяснить, кто въ правѣ вчинать эти дѣла.

1) Что касается *родовой* подсудности, т. е. подвѣдомственности этихъ дѣлъ той или другой категоріи судебныхъ мѣстъ (общимъ или мировымъ судебнымъ установленіямъ), то въ этомъ отношеніи западно-европейскія законодательства держатся двухъ различныхъ системъ. Французское законодательство подчиняетъ ихъ вѣдомству окружныхъ судовъ (tribunal de première instance; code civil, art. 99 въ ред. 8 іюня 1893 г.; code proc. civ., art. 855); германское же—мировымъ судьямъ (Amtsgerichte; § 169 союзнаго закона 17 мая 1898 г. о дѣлахъ добровольной подсудности). Принятіе у насъ французской системы, т. е. признаніе для означенныхъ дѣлъ компетентными лишь окружные суды, представляется необходимымъ уже потому, что исправленіемъ метрическихъ актовъ обусловливаются права состоянія; мировые же судьи не властны вообще разбирать дѣла о правахъ состоянія (ст. 29 уст. гражд. суд. и рѣш. 1883 г. № 20 и 1895 г. № 44). Кромѣ того, въ виду чрезвычайной важности послѣдствій, проистекающихъ, въ большинствѣ случаевъ, отъ исправленія метрическихъ актовъ, предпочтительнѣе дѣла по сему предмету предоставить рѣшенію коллегіальнаго, а не единоличнаго суда. На этомъ основаніи въ губерніяхъ Варшавскаго судебнаго округа дѣла объ исправленіи актовъ гражданскаго состоянія отнесены къ кругу вѣдомства окружныхъ судовъ (ст. 1647 уст. гражд. суд.).

Вопросъ возникаетъ лишь о томъ, *всѣ ли* дѣла сего рода подчинить судебной власти, или же только болѣе важныя, оставивъ въ вѣдѣніи администраціи менѣе значительныя дѣла объ исправленіи описокъ и ошибокъ писца, и нынѣ, на основаніи ст. 915 и 917 т. IX, разсматриваемыя губерн-

скими правленіями? Подобное раздвоеніе подсудности допущено швейцарскимъ союзнымъ закономъ 24 декабря 1874 г., изъемлющимъ изъ вѣдѣнія суда и предоставляющимъ разрѣшенію учрежденія, надзирающаго за веденіемъ актовъ гражданскаго состоянія, дѣла объ *очевидныхъ погрѣшностяхъ* (erreurs manifestes) въ этихъ актахъ [1]); но что разумѣется подъ очевидными ошибками—законъ этотъ не объясняетъ. Между тѣмъ точное опредѣленіе этого понятія и разграниченіе его съ другими ошибками, не признаваемыми очевидными, представляется на практикѣ крайне затруднительнымъ и почти невозможнымъ, такъ что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ отъ административнаго мѣста, надзирающаго за веденіемъ метрическихъ книгъ, будетъ зависѣть, по собственному усмотрѣнію, признать ходатайство объ исправленіи ошибки себѣ подсуднымъ и изъять дѣло изъ вѣдѣнія суда, или же, наоборотъ, неподсуднымъ и обратить дѣло къ судебному разсмотрѣнію.

Въ виду сего и принимая во вниманіе, что такое положеніе должно у насъ неминуемо повести къ столкновеніямъ и пререканіямъ между судомъ и администраціею и что, какъ показываетъ практика Правительствующаго Сената, подъ понятіе исправленія погрѣшностей и ошибокъ подводятся такія существенныя измѣненія въ метрическихъ записяхъ, какъ перемѣна цѣлыхъ именъ, отчествъ и фамилій [2]), мѣстъ

---

[1]) Art. 9. „La rectification des actes de l'état civil ne peut être ordonnée que par jugement des tribunaux cantonaux compétents. Toutefois, lorsqu'il existe une erreur manifeste, l'autorité cantonale chargée de la surveillance de l'état civil peut en ordonner la rectification par voie administrative".

[2]) См., напр., опред. I Д-та Сената: 8 Марта 1894 г. за № 1638 по ходатайству Брандвайна объ исправленіи имени его сына „Боруха" на „Шмуля-Нуты", и имени его жены „Рухли" на „Шендлю"; 5 Ноября 1896 г. за № 8389 по д. Бернштейна объ исправленія имени жены его „Бейлы" на „Берту"; 10 Марта 1898 г. за № 2145 по д. Гуревича, ходатайствовавшаго объ исправленіи имени его „Шмуилъ" на „Самуилъ"; 19 Іюня 1898 г. за № 5329 по д. Копельмана, ходатайствовавшаго объ исправленіи фамиліи его сына, названнаго „Копелевичъ" вмѣсто „Копельманъ"; 3 Ноября 1898 г. за № 8185 по д. Ривкина, просившаго объ исправленіи ошибки въ записи о его бракосочетаніи, а именно о томъ, чтобы вмѣсто „Мордуха-Файвеля Израилевъ Гольдбергъ" было поставлено „Хацкель Берховъ Ривкинъ"; 20 Марта 1901 года за № 2799 по д. Вейнг-

приписки [1]), подданства [2]), состоянія въ бракѣ [3]), пола [4]) и т. п.,—представлялось бы предпочтительнымъ, по примѣру законодательствъ французскаго (ст. 99 code civil и ст. 855 code proc. civ.), итальянскаго (гражд. ул., ст. 401) и германскаго (§ 65 союзн. зак. 6 февр. 1875 г.), а также гражданскаго уложенія Царства Польскаго 1825 г. (ст. 140), отнести *всякаго рода* исправленія метрическихъ книгъ, не исключая случаевъ ошибокъ и погрѣшностей писца, къ вѣдѣнію суда.

2) *Мѣстную*, территоріальную подсудность иностранныя законодательства опредѣляютъ мѣстомъ веденія или храненія

рова объ исправленіи его имени и отчества, значащихся въ метрикѣ „Смугель-Мовша-Ицко Азріелевъ" вмѣсто „Самуилъ Ицковичъ", и отчества жены (вмѣсто „Фейга Шмерковна"—„Фейга Файвишева"); 2 Іюня 1900 г. за № 6083 по д. Винокура объ исправленіи его отчества („Іоселевъ" на „Мовшовъ") и имени жены его, названной „Бобкою" вмѣсто „Маряши"; 13 Іюня 1900 г. за № 5613 по д. Гольденблата, ходатайствовавшаго объ исправленіи имени сына его „Гершъ" на „Григорій"; 30 Октяб. 1900 г. за № 7749 по д. Марковича объ исправленіи имени и отчества его „Янкель Лейвиковъ" на „Яковъ Львовичъ". Слѣдуетъ замѣтить, что исправленіе именъ евреевъ на соотвѣтствующія русскія („Янкель" на „Яковъ", „Гершъ" на „Григорій") встрѣчаетъ особыя затрудненія въ виду существующаго у насъ, подобно Франціи (см. Aubry и Rau, н. с., стр. 204, текстъ и прим. 13), правила закона о томъ, что евреи именуются тѣми только именами, подъ коими они записаны въ метрическія книги (ст. 770 т. IX). Равнымъ образомъ и въ Германіи признается недопустимой перемѣна имени (Sicherer, стр. 102; Hinschius, стр. 83, прим. 49), но если, по указанію родителей, ребенку дано имя, противное добрымъ нравамъ, или, по заявленію акушерки, ребенку присвоено имя, несогласное съ даннымъ ей порученіемъ, то имя можетъ быть перемѣнено въ порядкѣ исправленія актовъ (Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, т. I, стр. 128, прим. 5 и 6).

[1]) См. опред. 2 Апр. 1902 г. за № 3019 по д. Ицковскаго, ходатайствовавшаго объ исправленіи ошибки въ метрической записи, состоящей въ томъ, что онъ названъ „землевладѣльцемъ Червонянской колоніи" вмѣсто „Фастовскій мѣщанинъ".

[2]) См. опред. 20 Февр. 1901 г. за № 1693 по д. Соси Коринъ, ходатайствовавшей объ исправленіи, между прочимъ, означенія ея мужа, названнаго „Олыкскимъ мѣщаниномъ", тогда какъ онъ былъ турецкимъ подданнымъ „Ушеръ Нутовичъ Берманъ".

[3]) См. опред. 15 Мая 1900 г. за № 4471 по д. Эдли Куперманъ, просившей исправить метрики ея дѣтей, названныхъ законорожденными въ бракѣ ея съ австрійскимъ подданнымъ Гальберштамомъ, тогда какъ всѣ они родились внѣ брака.

[4]) См. опред. 7 Марта 1900 г. за № 2175 по д. супруговъ Бренеръ, ходатайствовавшихъ объ исправленіи метрической книги, въ которой записанъ „сынъ Федоръ" вмѣсто „дочь Федора".

актовъ гражданскаго состоянія (франц. гражд. улож., ст. 99 въ ред. 8 іюня 1893 г. [1]); герм. зак. 6 февр. 1875 г. § 66 и 17 мая 1898 г. о добров. подс. § 69) [2]) и этотъ же признакъ принятъ статьею 1647 уст. гражд. суд. для установленія мѣстной подсудности дѣлъ объ исправленіи актовъ гражданскаго состоянія въ губерніяхъ Варшавскаго судебнаго округа, („просьба объ исправленіи акта гражданскаго состоянія подается въ окружный судъ, *въ вѣдомствѣ котораго ведутся книги гражданскаго состоянія*"). Такое же, въ сущности, опредѣленіе подсудности усвоено и уставомъ духовныхъ консисторій, постановляющимъ, что „дѣла объ удостовѣреніи о дѣйствительности событія браковъ и рожденіи отъ законнаго брака должны быть производимы въ тѣхъ епархіяхъ, гдѣ совершены браки или родились люди, о которыхъ производятся сіи дѣла" (ст. 258), т. е. именно въ томъ округѣ, гдѣ велась или должна была вестись метрическая книга, подлежащая исправленію. Этотъ признакъ представляется вполнѣ цѣлесообразнымъ, такъ какъ для исправленія акта необходимы, въ большинствѣ случаевъ, сличеніе или справка съ метрическою книгою, что облегчается какъ для суда, такъ и для просителя близостью суда къ мѣсту нахожденія книги. Посему этимъ признакомъ правильно опредѣлить мѣстную подсудность. По мнѣнію Исаченко, дѣла объ удостовѣреніи, въ частномъ порядкѣ, законности рожденія должны начинаться или въ судѣ по мѣсту жительства просителя, или же по мѣсту рожденія лица, требующаго удостовѣрить законность его рожденія [3]), т. е. въ мѣстѣ веденія метрической книги. Къ установленію такой элективной подсудности, вопреки правилу, дѣйствующему въ теченіе весьма продолжительнаго времени въ епархіальныхъ духовныхъ консисторіяхъ и въ губерніяхъ Варшавскаго судебнаго округа, представляется едва ли достаточное основаніе, и такое нововведеніе внесло бы двойственность въ законодатель-

---

[1]) См. Zachariä, н. с., стр. 204 текстъ и прим. 9; Marcadé, Explication, I, стр. 224.

[2]) См. Hinschius, н. с., стр. 196, прим. 72.

[3]) Исаченко, н. с., стр. 24 и 25.

ныя нормы по сему предмету въ зависимости отъ вѣроисповѣданія просителя (православный или неправославный) и отъ мѣстности (Варшавскій округъ или прочія губерніи Россіи). Согласно съ симъ, и проектъ гражданскаго уложенія предположилъ дѣла объ исправленіи метрическихъ актовъ предоставить вѣдомству того окружнаго суда, въ округѣ котораго ведутся метрическія книги, подлежащія исправленію (кн. II, изд. 1902 г., ст. 622). Въ одномъ случаѣ, однако, слѣдуетъ допустить предъявленіе ходатайства не по мѣсту, гдѣ книга должна быть ведена, а по мѣсту жительства просителя, а именно, когда неизвѣстно, гдѣ произошло событіе (рожденіе или смерть), долженствовавшее быть внесеннымъ въ книгу. Такіе случаи, конечно, весьма рѣдки, но не невозможны [1]).

Нерѣдко случается, что погрѣшность въ метрической книгѣ одной мѣстности обусловливаетъ собою неправильности въ книгахъ другихъ мѣстностей, какъ напр. ошибка въ имени какого либо лица, родившагося въ Одессѣ, дѣлаетъ необходимою ту же ошибку въ метрическихъ актахъ о его бракѣ, состоявшемся въ Кіевѣ, и смерти, послѣдовавшей въ Севастополѣ. Въ подобныхъ случаяхъ, когда требуется исправленіе всѣхъ означенныхъ актовъ, просьба объ исправленіи должна, казалось бы, быть подана въ Одесскій окружный судъ, по мѣсту записи главнаго акта—о рожденіи, въ зависимости отъ котораго находятся всѣ прочіе акты [2]).

Приведенный признакъ подсудности, какъ общее правило, долженъ имѣть примѣненіе и къ метрическимъ актамъ, выданнымъ русскимъ подданнымъ за границею. Акты эти могутъ быть совершены по законамъ иностраннымъ и тогда исправленіе ихъ погрѣшностей должно слѣдовать закономъ мѣста ихъ совершенія, ибо врядъ ли допустимо, чтобы судъ русскій былъ уполномоченъ внести въ эти акты какія либо измѣненія. Онъ можетъ оцѣнивать ихъ доказательную силу (locus regit actum), но отнюдь не исправлять ихъ [3]). Иное

---

[1]) См. Sirey, Supplément aux code annotés, къ ст. 99, прим. 6.

[2]) Aubry et Rau, п. с., стр. 213; Sirey, н. с., къ ст. 99, прим. 7—9.

[3]) Ср. code civ, ст. 47 и объясненіе къ ней Marcadè, Explication théorique et pratique du code Napoléon, изд. 5, т. 1, стр. 193.

дѣло, если они совершены за границею по русскимъ законамъ компетентными духовными лицами. Въ этомъ случаѣ метрическія книги этихъ лицъ представляются въ подлежащія установленія въ Россіи, и, такимъ образомъ, по мѣсту храненія этихъ книгъ и могутъ быть возбуждаемы дѣла объ исправленіи записей этихъ книгъ (ср. ст. 926 т. IX). Французское (гражд. улож., ст. 47) и германское (зак. 4 мая 1870 г.) законодательства облекаютъ консуловъ и дипломатическихъ агентовъ властью совершать для своихъ подданныхъ за границею акты гражданскаго состоянія, наравнѣ съ чиновниками гражданскаго состоянія внутри государства. Нашъ законъ содержитъ въ себѣ лишь немногія отрывчивыя и неясныя постановленія по сему предмету. По уставу консульскому (т. XI ч. 2, изд. 1903 г.), консулы обязаны имѣть, между прочимъ, книгу для записыванія выдаваемыхъ ими свидѣтельствъ о рожденіи, бракосочетаніи и смерти (ст. 12, п. 2), причемъ они доставляютъ свидѣтельства: о смерти кого либо изъ экипажа военнаго судна—Морскому Министерству (ст. 41), о смерти кого либо изъ экипажа купеческаго судна—въ главное управленіе торговаго мореплаванія и портовъ (ст. 69 и 72), а о всякомъ смертномъ случаѣ съ Россійскимъ подданнымъ за границею—Императорскому Министерству Иностранныхъ Дѣлъ и Императорской Миссіи (ст. 79). Равнымъ образомъ о каждомъ новорожденномъ отъ Россійской подданной на Россійскомъ или иностранномъ кораблѣ консулъ составляетъ протоколъ и сообщаетъ его въ подлежащій Департаментъ Министерства Иностранныхъ Дѣлъ (ст. 81; ср. также ст. 929 и 930 зак. сост.). Такъ какъ веденіе книгъ гражданскаго состоянія не возложено закономъ на консуловъ, то свидѣтельства консула не могутъ замѣнять собою метрическіе акты, сопровождаемые всегда для русскихъ подданныхъ необходимостью совершенія религіознаго обряда, совершить который консулъ, само собою разумѣется, не въ правѣ. Слѣдовательно, *свидѣтельства* консула суть лишь удостовѣренія, основанныя на подлежащихъ актахъ мѣстной власти и имъ провѣренныхъ. Непосредственное же со стороны консула удостовѣреніе о фактахъ рожденія или смерти ограни-

чивается лишь случаями, прямо опредѣленными въ законѣ, а именно случаями рожденія на кораблѣ или смерти кого либо изъ экипажа военнаго судна, а также смерти русскаго подданнаго за границею [1]). Но и такія удостовѣренія, не замѣняющія собою метрическихъ актовъ, не могутъ вліять на вопросъ о подсудности дѣлъ объ исправленіи метрическихъ книгъ. Но если признать за означенными свидѣтельствами силу метрическихъ актовъ, то исправленіе ихъ могло бы послѣдовать лишь по опредѣленіямъ С.-Петербургскаго окружнаго суда, въ округѣ коего, въ названныхъ центральныхъ учрежденіяхъ, хранятся эти акты.

3) Ограничено ли право ходатайствовать объ исправленіи метрическаго акта какимъ либо срокомъ? Выше (№ II) было уже упомянуто, что относительно единственнаго, предусматриваемаго въ законѣ (ст. 770 и 915 зак. сост.), случая исправленія актовъ вслѣдствіе погрѣшностей писца—допускалось толкованіе, что такое исправленіе возможно лишь при мѣсячныхъ или годичныхъ свидѣтельствованіяхъ метрическихъ книгъ. Но Правительствующій Сенатъ неоднократно признавалъ такое толкованіе неправильнымъ и возможность сего рода исправленія неограниченною какимъ либо срокомъ. Съ этимъ разъясненіемъ нельзя не согласиться. Метрическіе акты служатъ доказательствами правъ состоянія, т. е. удостовѣряютъ такія, проистекающія изъ существованія законной семьи, права личныя и по имуществу (Statusrechte), которыя носятъ публичный характеръ (l'état est d'ordre public) и по общему правилу не подлежатъ давности (ст. 1347 уст. гражд. суд.; ст. 328 code civil). Если же сами права не подлежатъ давности, то и право полученія надлежащаго доказательства ихъ существованія, очевидно, также не можетъ утратиться вслѣдствіе истеченія давностнаго срока. На этомъ основаніи духовныя консисторіи исправляютъ иногда такія метрическія записи, которыя состоялись болѣе ста лѣтъ тому назадъ, такъ что Святѣйшій Синодъ призналъ нужнымъ разъяснить епархіальнымъ преосвященнымъ циркулярнымъ указомъ отъ 23 августа 1889 г.

---

[1]) См. Горяиновъ, Руководство для консуловъ, 1903 г., стр. 329 §§ 1 и 2.

за № 6, что при исправленіи метрическихъ записей о событіяхъ рожденія и брака, а равно и при внесеніи сихъ событій, за пропускомъ ихъ, въ метрическія книги, когда эти событія относятся къ давно прошедшему времени, надлежитъ поступать съ особою осмотрительностью [1]).

4) Кто управомоченъ на предъявленіе ходатайства объ исправленіи метрическихъ книгъ?

Прямого отвѣта на этотъ вопросъ законодательства не даютъ, воззрѣнія же представителей науки расходятся. По мнѣнію Зихерера и Гиншіуса, основанному на словахъ § 66 германскаго закона 6 февраля 1875 г. объ обязанности „выслушать участвующихъ“ (die Betheiligten zu hören), право предъявленія ходатайства закономъ не ограничено и принадлежитъ не только лицамъ, непосредственно заинтересованнымъ въ исправленіи, но и лицу, сдѣлавшему заявленіе о событіи, внесенномъ въ метрическую книгу, а также и лицу постороннему. Поэтому подъ „Betheiligté“ разумѣются: а) лица, заявившія чиновнику гражданскаго состоянія о событіи (рожденіи или смерти), внесенномъ въ реестръ, насколько рѣчь идетъ о правильности записи; б) лица, которыя изъ записи, въ томъ видѣ, какъ она есть или какъ она должна быть, выводятъ какія-либо для себя права (напр. родство, право наслѣдованія, и в) лица, которыхъ запись непосредственно касается или которыя въ ней упоминаются, когда рѣчь идетъ о невѣрности записи въ отношеніи фактическихъ данныхъ или личныхъ отношеній [2]).

Противъ такого чрезмѣрнаго распространенія права просить объ исправленіи акта возстаютъ Fitting и Seyfried, полагающіе, что право это можетъ быть присвоено лишь тѣмъ, которые имѣютъ закономѣрный интересъ въ исправленіи, а не въ записи только, а именно тѣ, которыхъ метрическій актъ непосредственно касается, какъ напр. родители или законные представители ребенка относительно акта о рожденіи, наслѣдники—въ отношеніи акта о смерти, а отнюдь не за-

---

[1]) См. Сборникъ Завьялова, стр. 275.

[2]) Sicherer, н. с., стр. 410—412; Hinschius, н. с., стр. 195 прим. 70.

явители о событіи, неправильность изложенія котораго ихъ интересовъ не затрагиваетъ. Подъ „интересомъ" же разумѣется не только имущественная выгода, но и интересъ нравственный—охраненіе добраго имени, охраненіе семьи отъ вторженія въ нее посторонняго и т. п. [1]).

Къ этому послѣднему мнѣнію примыкаютъ и представители французской юриспруденціи, требующіе для осуществленія права на исправленіе акта *законный* интересъ [2]), подъ которымъ разумѣется не денежная, матеріальная только выгода, но и семейный интересъ, чтобы въ семью не вторгся кто нибудь, къ ней не принадлежащій [3]). Marcadé же ограничиваетъ это право лишь лицами, до которыхъ метрическій актъ относится [4]).

Ко взгляду Фиттинга, Зейфрида и французскихъ юристовъ—объ ограниченіи права просить объ исправленіи наличностью законнаго интереса—нельзя не присоединиться. Странно было бы видѣть на судѣ совершенно постороннее лицо, ходатайствующее объ исправленіи записи въ метрическихъ книгахъ на томъ лишь основаніи, что запись эта сдѣлана по его заявленію и не совсѣмъ согласна съ этимъ заявленіемъ. Усматривать въ соотвѣтствіи записи заявленію нравственный интересъ этого лица, какъ это утверждаетъ Зихereръ [5]), едва ли представляется основаніе. Это воззрѣніе, повидимому, раздѣляетъ и наше законодательство, постановляя въ ст. 872 т. IX зак. о сост., что просить объ исправленіи ошибки, оказавшейся въ записи какого-либо событія въ метрическую книгу, имѣетъ право всякій прихожанинъ, *о которомъ лично или же о членѣ его семейства* сдѣ-

---

[1]) См. Sicherer, ib., прим. 13.

[2]) Aubry et Rau, н. с., стр. 210; Boitard, Leçons de procédure civile, 15 изд., т. II, стр. 623; Zachariä, н. с., стр. 203.

[3]) Zachariä, ibid., прим. 5. Demolombe, Cours de code civil, т. I, № 333, п. 1.

[4]) Marcadé, н. с., стр. 223. „Les individus, auquels un acte est relatif étant seuls intéressés à ce que tel ou tel changement y soit fait, eux seuls aussi ont, en principe, le droit de requérir ce changement et de demander le jugement qui doit le prononcer".

[5]) Sicherer, стр. 47, прим. 13.

лана запись, изъ чего слѣдуетъ, что даже о внѣсудебномъ исправленіи не можетъ быть рѣчи со стороны лица посторонняго. Ограниченіе круга управомоченныхъ на ходатайство объ исправленіи метрическихъ актовъ лицами, о которыхъ акты составлены, и членами ихъ семей являлось бы вполнѣ цѣлесообразнымъ, если бы понятіе семьи было вполнѣ точно установлено закономъ. Между тѣмъ такого уясненія этого понятія въ законѣ не существуетъ, цивилисты же наши понимаютъ его различно, то съуживая, то расширяя его. Такъ, Загоровскій опредѣляетъ семью „группою лицъ, связанныхъ бракомъ или родствомъ, живущихъ совмѣстно другъ съ другомъ" [1]); Шершеневичъ—союзомъ лицъ, связанныхъ бракомъ и имѣющихъ общее происхожденіе, но „современная семья состоитъ только изъ отца, матери и дѣтей" [2]) и въ этомъ именно современномъ составѣ принимаетъ семью и Гомолицкій [3]). Побѣдоносцевъ устанавливаетъ понятіе семьи въ обширномъ и въ тѣсномъ смыслѣ. Въ обширномъ смыслѣ—говоритъ онъ—„слово семья напоминаетъ, во-первыхъ, о союзѣ, которымъ соединены супруги, какъ между собою, такъ и съ дѣтьми своими; во-вторыхъ, объ отношеніи, въ которомъ находится глава дома ко всѣмъ членамъ дома и семьи, находящимся у него въ подчиненіи; наконецъ, въ-третьихъ, указываетъ на цѣлый кругъ лицъ, соединенныхъ связью общаго происхожденія". Въ тѣсномъ же смыслѣ „семья состоитъ изъ нѣсколькихъ лицъ, связанныхъ между собою единствомъ домашней связи, составляетъ одновѣдомство" [4]). Въ свою очередь, Анненковъ находитъ, что подъ семьею „слѣдуетъ разумѣть у насъ не только союзъ мужа и жены и рожденныхъ въ ихъ бракѣ дѣтей, но и союзъ внѣбрачныхъ дѣтей и, по крайней мѣрѣ, ихъ матери, а также союзъ усыновителей и усыновленныхъ", причемъ въ составъ семьи нужно включить

---

[1]) Загоровскій, Курсъ семейнаго права, стр. 1.

[2]) Шершеневичъ, Учебникъ русскаго гражданскаго права, 1894 года, стр. 454.

[3]) Гомолицкій, Изъ текущей практики Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента, Вѣстникъ Права 1903 г. кн. 4, стр. 183 и 184.

[4]) Побѣдоносцевъ, Курсъ гражданскаго права, 1896 г., ч. II, стр. 1 и 3.

еще пасынковъ и падчерицъ [1]). Въ виду такихъ разнорѣчивыхъ взглядовъ на понятіе семьи, могущихъ повести къ отказу: матери въ разсмотрѣніи просьбы объ исправленіи метрическаго акта ея внѣбрачнаго ребенка, отчиму или усыновителю — въ ходатайствѣ о возстановленіи метрики пасынка или усыновленнаго и т. п., представлялось бы предпочтительнымъ признать право на возбужденіе дѣлъ объ исправленіи метрическихъ актовъ за всѣми лицами, имѣющими въ томъ *законный интересъ*, подобно тому, какъ такимъ же признакомъ („интересъ") опредѣлено закономъ вступленіе третьяго лица въ дѣло (ст. 663 уст. гражд. суд.), предоставивъ суду широкій просторъ опредѣлять, въ каждомъ данномъ случаѣ, достаточность или недостаточность правомочія на предъявленіе ходатайства. По разъясненію Сената, понятіе „интересъ" шире понятія „права" (рѣш. 1893 г. № 111, 1883 г. № 84 и др.) и посему подъ это понятіе подойдутъ всѣ тѣ разнообразные мотивы, коими лица побуждаются просить объ исправленіи акта состоянія. Этотъ именно признакъ (интересъ) принятъ уже въ губерніяхъ Варшавскаго судебнаго округа, въ которыхъ дѣла объ исправленіи актовъ гражданскаго состоянія возбуждаются „*заинтересованными* сторонами" (гражд. улож., ст. 140; ср. ст. 1649 уст. гражд. суд.).

Независимо отъ заинтересованныхъ частныхъ лицъ, французская судебная практика признаетъ за прокуроромъ право возбужденія дѣлъ объ исправленіи актовъ гражданскаго состоянія, но лишь въ тѣхъ случаяхъ: а) когда ходатайство не можетъ быть предъявлено самою заинтересованною стороною по бѣдности, и б) когда съ правильностью акта связанъ интересъ государства (какъ напр. относительно отбыванія лицомъ, значащимся въ актѣ, воинской повинности) или общественный порядокъ (присвоеніе ненадлежащаго имени, дворянскаго достоинства) [2]). Слѣдуя этой практикѣ, и нашъ

---

[1]) Анненковъ, Система русскаго гражданскаго права, т. V, стр. 3.

[2]) См. Zachariä, н. с., стр. 204; Aubry и Rau, н. с., стр. 210 и 211; Marcadé, н. с., стр. 223. Послѣдніе двое допускаютъ инициативу прокурора во всѣхъ случаяхъ, связанныхъ съ публичнымъ интересомъ, а не только въ случаяхъ, касающихся непосредственно государства, какъ полагаетъ Цахаріэ. Такъ,

уставъ гражданскаго судопроизводства, по отношенію къ губерніямъ Варшавскаго судебнаго округа, облекаетъ прокурора властью требовать исправленія акта гражданскаго состоянія, но лишь въ томъ случаѣ, когда исправленіе сіе сопряжено съ интересами правительства (ст. 1648). Въ этихъ именно предѣлахъ представлялось бы желательнымъ предоставить прокурору иниціативу возбужденія дѣлъ объ исправленіи метрическихъ книгъ и во всей Имперіи, такъ какъ государство не можетъ оставаться равнодушнымъ зрителемъ того, что лицо, обязанное отбывать воинскую повинность, освобождается отъ этой повинности только благодаря ошибкѣ въ метрической книгѣ относительно его имени (напр. вмѣсто „Федоръ" поставлено женское имя „Федора"), или что долженствующее поступить въ казну выморочное имѣніе можетъ быть присвоено лицомъ, неправильно записаннымъ въ метрической книгѣ происходящимъ отъ наслѣдодателя и т. п. Что же касается ходатайства прокурора за бѣдныхъ, то такого права нашъ уставъ прокурору ни въ какихъ дѣлахъ не даетъ и нѣтъ основанія для предоставленія ему этого права и относительно исправленія метрическихъ книгъ (ср. ст. 343 п. 8 и ст. 884 уст. гражд. суд.). Предоставленіе же прокурору иниціативы возбужденія дѣлъ въ интересахъ публичныхъ допускается нашимъ уставомъ во многихъ случаяхъ, а именно: о безвѣстномъ отсутствіи (ст. 1451, 1776 и 1941), о признаніи лица состоящимъ подъ законнымъ прещеніемъ (ст. 1673 и 1913) и о признаніи лица расточителемъ (ст. 1681 и 1928).

Кромѣ прокурора, въ случаяхъ вышеуказанныхъ, французское законодательство не разрѣшаетъ никакимъ административнымъ учрежденіямъ или органамъ ходатайствовать объ исправленіи актовъ гражданскаго состоянія [1]). Германскій

Маркаде признаетъ за прокуроромъ право требовать исправленія акта, въ которомъ значится, что ребенокъ родился отъ такой-то замужней женщины и такого-то посторонняго мущины, т. е. въ прелюбодѣяніи (Le procureur pourrait agir d'office pour faire supprimer dans un acte une énonciation que la loi défendait d'y faire, par exemple, que tel enfant a pour mère Marie, épouse de Pierre, et pour père Paul).

[1]) Zachariä, ibid.

же законъ 6 февраля 1875 г. (§ 66) даетъ установленію, надзирающему за веденіемъ актовъ состоянія, право непосредственно возбуждать дѣла объ исправленіи актовъ, не обусловливая этого права публичнымъ интересомъ [1]). Нашъ уставъ духовныхъ консисторій также предоставляетъ послѣднимъ входить въ разсмотрѣніе о дѣйствительности событія брака или рожденія отъ законнаго брака по требованіямъ присутственныхъ мѣстъ по производящимся у нихъ дѣламъ или открывающимся надобностямъ (ст. 259 и 263). Подобныя правила, основанныя на дореформенномъ слѣдственномъ судопроизводствѣ, едва ли могутъ имѣть примѣненіе въ судебныхъ установленіяхъ, учрежденныхъ по уставамъ 20 ноября 1864 г., такъ какъ, по основному началу ст. 4 уст. гражд. суд., судебныя установленія могутъ приступать къ производству гражданскихъ дѣлъ не иначе, какъ вслѣдствіе просьбы о томъ лицъ, до коихъ тѣ дѣла касаются.

VI.

1) По поступленіи прошенія заинтересованнаго лица или предложенія прокурора объ исправленіи метрическаго акта, судъ, въ виду примѣненія къ дѣламъ охранительнымъ правилъ устава гражданскаго судопроизводства о частныхъ прошеніяхъ, долженъ будетъ, на основаніи 568 и 569 того же устава, назначить день засѣданія, вызвавъ къ этому засѣданію просителя. Хотя въ уставѣ гражданскаго судопроизводства нѣтъ безусловнаго требованія о вызовѣ просителя въ судъ и практика держится того правила, что такой вызовъ, кромѣ случаевъ, положительно указанныхъ въ законѣ, необязателенъ, но въ виду сходства дѣлъ объ исправленіи актовъ состоянія съ дѣлами объ узаконеніи и усыновленіи, по которымъ законъ признаетъ необходимымъ вызовъ просителей (ст. 1460[4] и 1460[9] уст. гражд. суд.), цѣлесообразно и по обсуждаемымъ дѣламъ сдѣлать вызовъ обязательнымъ.

Французское законодательство (code civil, ст. 99 и code proc.

[1]) Sicherer, н. с., стр. 411.

civ., ст. 856) предоставляетъ суду вызывать и другихъ, кромѣ просителя, заинтересованныхъ лицъ [1]). Аналогичное правило содержитъ въ себѣ и германскій законъ 6 февраля 1875 г., предписывающій надзирающему установленію, при посредствѣ и по разслѣдованіи котораго дѣла объ исправленіи актовъ поступаютъ въ судъ, вызывать, въ случаѣ надобности, заинтересованныхъ лицъ даже чрезъ публикацію (§ 66). Слѣдуя примѣру французскаго законодательства, гражданское уложеніе губерній б. Царства Польскаго постановляетъ, что кромѣ сторонъ, вызванныхъ лицами, ходатайствующими объ исправленіи акта, судъ можетъ, если признаетъ нужнымъ, вызвать и другихъ заинтересованныхъ лицъ (ст. 140), и то же правило повторено въ уставѣ гражданскаго судопроизводства (ст. 1649). Это постановленіе проектъ гражданскаго уложенія (ст. 623 кн. 2) предполагаетъ распространить на всю Имперію, мотивируя цѣлесообразность такого распространенія тѣмъ соображеніемъ, что „вызовъ, вмѣстѣ съ просителемъ, и другихъ заинтересованныхъ лицъ къ участію въ производствѣ объ исправленіи метрической записи представляется вообще желательнымъ для предупрежденія возможныхъ впослѣдствіи споровъ съ ихъ стороны; но такъ какъ кругъ заинтересованныхъ лицъ можетъ быть весьма общиренъ и въ данное время неизвѣстенъ, а самое исправленіе какой-либо ошибки въ метрическихъ записяхъ можетъ иногда быть настолько безспорнымъ, что не окажется и надобности въ привлеченіи къ дѣлу большого числа лицъ, то вызовъ ихъ слѣдуетъ предоставить ближайшему усмотрѣнію суда“ (мотивъ подъ ст. 623).

Едва ли, однако, такой вызовъ заинтересованныхъ лицъ представляется согласнымъ съ нашимъ уставомъ и необходимымъ. Нашъ уставъ гражданскаго судопроизводства не знаетъ института приглашенія самимъ судомъ какихъ-либо лицъ къ участію въ дѣлѣ (adcitatio). Даже въ тѣхъ случаяхъ, когда самъ законъ требуетъ безусловно участія въ дѣлѣ нѣсколь-

---

[1]) Art. 856..... „Les juges ordonneront, s'ils l'estiment convenable, que les parties intéressées seront appelées.....

кихъ заинтересованныхъ лицъ, какъ напр. въ дѣлахъ объ освобожденіи имущества отъ описи и продажи (ст. 1092 и 1198), судъ самъ, безъ просьбы стороны, не вправѣ привлечь къ дѣлу подлежащее заинтересованное лицо (рѣш. 1875 г. № 899). Уставъ, правда, указываетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ на вызовъ, чрезъ публикаціи, заинтересованныхъ лицъ, какъ, напр., на вызовъ наслѣдниковъ (ст. 1401) и безвѣстно-отсутствующихъ (ст. 1453—1455), но такой вызовъ производится для охраненія правъ вызываемыхъ, неявка коихъ сопряжена для нихъ съ невыгодными послѣдствіями. Въ иномъ видѣ представляется вопросъ, когда рѣчь идетъ объ исправленіи метрическаго акта. Такое исправленіе, какъ уже выше (№ III) упомянуто, даетъ просителю лишь *доказательство*, метрическій актъ о его состояніи и не лишаетъ заинтересованныхъ лицъ права опровергать этотъ актъ другими доказательствами. Слѣдовательно, интересы ихъ отъ неучастія въ дѣлѣ пострадать не могутъ. Такое опроверженіе можетъ послѣдовать не только въ исковомъ, но и въ частномъ, охранительномъ порядкѣ принесеніемъ на опредѣленіе суда частной жалобы въ срокъ, указанный въ ст. 1406 уст. гражд. суд. (рѣш. 1868 г. № 449 и 1872 г. № 885). Французское законодательство, подводящее ректификаціонное производство подъ категорію производствъ, оканчиваемыхъ рѣшеніями (jugements), подлежащими апелляціи (code proc. civ. ст. 858), оговариваетъ, что состоявшееся рѣшеніе не имѣетъ силы по отношенію къ тѣмъ заинтересованнымъ лицамъ, которыя объ исправленіи акта не просили и къ участію въ дѣлѣ не вызывались (code civ., ст. 100) [1]). Это постановленіе составляетъ лишь примѣненіе общаго начала: res inter alios judicata aliis non nocet nec prodest, выраженнаго въ ст. 895 нашего устава гражданскаго судопроизводства. Но именно тѣмъ обстоятельствомъ, что производство объ исправленіи акта оканчивается *рѣшеніемъ*, вступающимъ въ законную силу, объ-

---

[1]) „Le jugement de rectification ne pourra, dans aucun temps, être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient point requis, ou qui n'y auraint pas été appelées".

ясняется правило французскаго закона о вызовѣ заинтересованныхъ лицъ по инціативѣ самого суда. Ничего подобнаго не можетъ быть при направленіи дѣла въ порядкѣ охранительнаго судопроизводства, заканчиваемаго не рѣшеніемъ, а частнымъ *опредѣленіемъ*, не способнымъ, подобно рѣшенію, воспринять силу закона для даннаго дѣла и могущимъ быть отмѣненнымъ по иску не только посторонних, не участвовавшихъ въ дѣлѣ лицъ, но и самихъ лицъ, по ходатайству коихъ то частное опредѣленіе состоялось (р. гр. касс. деп. 1897 г. № 65 по дѣлу Волкова). Слѣдовательно, предположеніе составителей проекта гражданскаго уложенія, что привлеченіемъ заинтересованныхъ лицъ къ участію въ дѣлѣ предупредятся возможные впослѣдствіи споры, едва ли обосновано, а между тѣмъ оно поставитъ судъ въ затруднительное положеніе узнавать, какія изъ неуказанныхъ самимъ просителемъ лицъ заинтересованы въ дѣлѣ и розыскивать этихъ лицъ для врученія имъ вызова къ суду. При послѣдовательномъ проведеніи начертаннаго проектомъ правила надлежало бы вооружить судъ правомъ дѣлать, въ случаѣ надобности, общій вызовъ заинтересованныхъ лицъ чрезъ публикаціи и опредѣлить за неявку ихъ къ назначенному сроку какія-нибудь невыгодныя послѣдствія. Но подобный вызовъ ухудшилъ бы, съ одной стороны, положеніе просителя, который былъ бы вынужденъ дожидаться разрѣшенія своего ходатайства до истеченія сравнительно продолжительнаго срока публикаціи и нести расходы по этой публикаціи, а съ другой—положеніе вызываемыхъ, которые, подъ страхомъ невыгодныхъ послѣдствій, должны были бы явиться въ судъ, тогда какъ, не будь вызова, они не были бы ограничены въ правѣ охранить свои интересы, нарушаемые опредѣленіемъ суда объ исправленіи акта. Стремленіе проекта, очевидно, было сдѣлать производство объ исправленіи акта состязательнымъ, имѣть въ этомъ производствѣ не одну сторону, а двѣ—просителя и противную сторону, что явствуетъ изъ 2 ч. ст. 623, гласящей: „при отсутствіи въ дѣлѣ противной стороны, обязанности ея возлагаются на прокурора". Но такое требованіе, помимо крайней затруднительности для прокурора фигурировать въ качествѣ отвѣтной сто-

роны въ многочисленныхъ дѣлахъ объ исправленіи метрическихъ актовъ, противорѣчитъ самой сущности охранительнаго судопроизводства, установленнаго для разрѣшенія *односторонних* просьбъ и не предполагающаго, подобно исковому производству, наличности двухъ противоположныхъ интересовъ—истца и отвѣтчика.

2) Приходя, такимъ образомъ, къ заключенію о неумѣстности и нежелательности вызова самимъ судомъ другихъ, кромѣ просителя, заинтересованныхъ лицъ, надлежитъ, однако, имѣть въ виду, что сами заинтересованныя лица могутъ явиться и представить возраженія противъ исправленія акта. Хотя уст. гражд. суд. не содержитъ въ себѣ указаній на порядокъ вступленія третьихъ лицъ въ дѣло, производящееся въ охранительномъ порядкѣ, но возможность такого вступленія путемъ подачи въ судъ прошенія признана судебною практикою (р. 1878 г. № 30 по д. Суворова) и, для одного вида охранительныхъ производствъ—объ усыновленіи—прямо предусмотрѣна закономъ (ст. 1466^{12} уст. гражд. суд.), разрѣшающимъ лицамъ, права коихъ нарушаются неправильнымъ усыновленіемъ, заявить свои возраженія во время производства дѣла [1]). Само самою разумѣется, что копія прошенія третьяго лица, возражающаго противъ ходатайства объ исправленіи, должна, на общемъ основаніи ст. 567 и 568 уст. гражд. суд., быть сообщена просителю и что судъ обязанъ будетъ разсмотрѣть, имѣетъ ли третье лицо право возражать противъ ходатайства, какъ напр. въ томъ случаѣ, когда третье лицо оспариваетъ право просителя получить надлежащій метрическій актъ о рожденіи отъ состоящихъ въ законномъ бракѣ родителей на томъ основаніи, что проситель произошелъ отъ прелюбодѣянія; въ этомъ случаѣ судъ долженъ отклонить вступленіе третьяго лица въ дѣло, ибо оспаривать законность рожденія могъ бы только отецъ (ст. 1348; р. 1901 г. № 4). Но допущеніемъ возраженій со стороны третьихъ лицъ нарушается, повидимому, основной признакъ охранительнаго судопроизвод-

---

[1]) См. объяснит. зап. къ проекту нов. ред. уст. гражд. изд. т. V, стр. 20; Исаченко, н. с., стр. 11—15.

ства—безспорность права, отсутствіе спора, и, такимъ образомъ, возникаетъ вопросъ: не слѣдуетъ ли, въ подобныхъ случаяхъ, признать за судомъ право прекратить охранительное производство безъ разсмотрѣнія его по существу и обратить стороны къ исковому порядку? Подобный взглядъ на аналогичные случаи существовалъ у составителей судебныхъ уставовъ, которые предположили постановить: „если между лицами, предъявившими наслѣдственныя права, возникнетъ споръ, то дѣло обращается къ общему порядку искового судопроизводства и начинается не иначе, какъ по исковому прошенію одного изъ спорящихъ". Предположеніе это, не получившее выраженія въ уставѣ гражданскаго судопроизводства для Имперіи, осуществлено, однако, съ законодательнаго утвержденія, въ правилахъ объ особыхъ производствахъ для Прибалтійскихъ губерній (ст. 2021) и постоянно проводилось какъ судебною практикою (р. 1874 г. № 822 по д. Плотицыныхъ) такъ и литературою [1]). Это же воззрѣніе на невозможность охранительнаго производства при заявленіи кѣмъ либо спора противъ укрѣпленія права собственности по давности владѣнія проводится опредѣленіемъ Тифлисской судебной палаты (по общему собранію), состоявшимся 6 октября 1897 г. и предписаннымъ къ руководству всѣмъ судебнымъ установленіямъ Кавказскаго края [2]).

Неудобство такой практики едва ли требуетъ доказательствъ. Стоитъ только третьему лицу предъявить неосновательное, голословное возраженіе противъ ходатайства просителя и производство по сему ходатайству прекращается, удостовѣреніе, быть можетъ, не подлежащаго сомнѣнію права откладывается на весьма продолжительное время въ ущербъ просителю, вынужденному тратить труды, время и издержки на веденіе тягостнаго для него и, въ большинствѣ случаевъ, совершенно ненужнаго процесса. Это ненормальное положеніе привело

---

[1]) См. Побѣдоносцевъ, Судеб. руководство, стр. 534 и 535; *его же*, Курсъ гражд. права, ч. 2, изд. 1896 г., стр. 378; Принтцъ, Охран. судопр. по наслѣд., Суд. Вѣстн. 1870 г. № 142; газ. „Право" 1899 г. № 10, Обозр. гражд. касс. практики за 1897 г., стр. 490 и 491.

[2]) См. объясн. зап. къ пр. нов. ред. уст. гражд. суд., т. V, стр. 118.

Правительствующій Сенатъ, относительно утвержденія въ правахъ наслѣдства, къ заключенію, что при предъявленіи нѣсколькими лицами самостоятельныхъ, одно другое исключающихъ, правъ на наслѣдство, судъ вправѣ разсматривать права просителей въ томъ же охранительномъ порядкѣ, а не обязанъ предоставить просителямъ разобраться между собою въ порядкѣ искового судопроизводства, причемъ судъ долженъ утвердить тѣхъ наслѣдниковъ, которые доказали свои права, отказавъ остальнымъ въ ихъ домогательствахъ (р. 1897 г. № 71 но д. Чарнецкой). Это разъясненіе Сената должно имѣть полное примѣненіе къ дѣламъ объ исправленіи метрическихъ актовъ, по коимъ возраженія третьихъ лицъ не могутъ сводиться къ самостоятельнымъ требованіямъ, а клонятся лишь къ достиженію отказа просителю въ его ходатайствѣ. Судъ, слѣдовательно, долженъ вмѣстѣ съ ходатайствомъ просителя, разсмотрѣть заявленныя противъ этого ходатайства возраженія и, смотря по ихъ основательности или неосновательности, удовлетворить или отклонить ходатайство, но не отсылать сторонъ къ судебному разбирательству. Обращеніе сторонъ къ исковому порядку судопроизводства, допускаемое германскимъ закономъ 6 февраля 1875 г. (§ 66), тѣмъ болѣе неумѣстно, что если просьба имѣетъ своимъ предметомъ признаніе самаго права состоянія (Status), какъ напр. о законности или незаконности рожденія, то судъ оставитъ ее безъ послѣдствій, какъ неподлежаще предъявленную въ охранительномъ порядкѣ судопроизводства; когда же просьба имѣетъ своимъ предметомъ исправленіе метрическаго акта, то, какъ уже выше (№ III) указано, она можетъ быть разрѣшена только въ охранительномъ порядкѣ, ибо самостоятельнаго иска объ исправленіи акта состоянія быть не можетъ. Исправленіе акта можетъ явиться послѣдствіемъ иска о законности рожденія, о правахъ, истекающихъ изъ брака, о правахъ наслѣдства и т. п., когда для установленія правъ истца, суду приходится повѣрять представленные въ доказательство метрическіе акты и признавать ихъ несоотвѣтствующими дѣйствительности, но такое признаніе сопровождаетъ присужденіе или отклоненіе исковыхъ требованій и предста-

вляется въ дѣлѣ обстоятельствомъ не самостоятельнымъ, не самоцѣльнымъ, а побочнымъ, попутнымъ. Предъявить же искъ исключительно о признаніи метрическаго акта страдающимъ тою или иною погрѣшностью и объ исправленіи этой погрѣшности, на мой взглядъ, представляется невозможнымъ, какъ невозможенъ самостоятельный искъ о вводѣ во владѣніе, объ усыновленіи, объ охраненіи наслѣдства и т. п.

VII.

Какими же доказательствами можетъ быть подкрѣплено ходатайство объ исправленіи метрическаго акта?

Выше (№ IV) было указано, что подъ исправленіемъ метрическихъ книгъ разумѣется не только исправленіе содержащихся въ нихъ погрѣшностей и ошибокъ, но и пополненіе книгъ актами, въ нихъ своевременно не включенными или утраченными. Такимъ образомъ, при просьбѣ объ исправленіи акта необходимо прежде всего удостовѣрить самое основаніе ходатайства—погрѣшность или отсутствіе акта. Для удостовѣренія погрѣшности акта, само собою разумѣется, слѣдуетъ представить самый актъ, т. е. выпись изъ метрической книги. Въ доказательство же неведенія, утраты или истребленія книгъ, въ цѣломъ составѣ или въ части, а также пропуска въ нихъ акта, могутъ быть, согласно 1 ч. ст. 46 code civil и мнѣнію французскихъ цивилистовъ [1]), принимаемы безразлично какъ документы, такъ и свидѣтельскія показанія. Равнымъ образомъ изъ молчанія германскаго закона 6 февраля 1875 г. о способѣ удостовѣренія указанныхъ фактовъ надлежитъ вывести заключеніе о допустимости по сему предмету всякаго рода доказательствъ, не исключая и свидѣтелей.

Наше законодательство также не содержитъ какихъ-либо постановленій о способѣ доказыванія факта отсутствія метрическихъ книгъ или пропуска въ нихъ какого-либо акта.

Принимая во вниманіе, что метрическія книги отсылаются

[1]) Aubry et Rau, н. с., стр. 216; Zachariä, н. с., стр. 210, текстъ и прим. 8; Demolombe, н. с., № 325.

на храненіе въ указанныя закономъ учрежденія (консисторіи, духовныя правленія, городскія общественныя управленія или губернскія правленія) и что эти учрежденія, путемъ справки, могутъ удостовѣрить отсутствіе книги или акта въ ней, казалось бы цѣлесообразнымъ, во избѣжаніе особаго производства для установленія основанія ходатайства, признать, что въ доказательство отсутствія книги или акта должно быть представлено свидѣтельство подлежащаго учрежденія, хранящаго метрическія книги. Но могутъ быть исключительные случаи, когда, по уважительнымъ причинамъ, такого свидѣтельства нельзя будетъ получить; для такихъ крайне рѣдкихъ случаевъ правильно допустить свидѣтельскія показанія.

Что касается, засимъ, способа доказыванія самаго существа ходатайства, то французскій гражданскій кодексъ, не нормируя порядка установленія ошибокъ или погрѣшностей въ записяхъ метрическихъ книгъ, опредѣляетъ лишь, что въ случаѣ неведенія метрическихъ книгъ или ихъ утраты, доказательствами рожденій, браковъ и смерти могутъ служить какъ записи и бумаги, исходящія отъ умершихъ родителей, такъ и свидѣтельскія показанія (ст. 46). Французская юридическая литература подъ эту статью закона подводитъ и истребленіе отдѣльнаго листа книги или приведеніе его въ состояніе негодности для чтенія, а также такое неправильное и небрежное веденіе книгъ, съ пробѣлами, пропусками и зачеркиваніями, которое отнимаетъ у книги всякую достовѣрность [2]). Съ другой стороны, французскіе юристы признаютъ также, что записи и бумаги умершихъ родителей указаны въ законѣ лишь какъ лучшія, а не какъ единственныя доказательства, которыми могутъ быть и бумаги другихъ лицъ и даже показанія находящихся въ живыхъ родителей [2]). Спорнымъ является вопросъ о доказательствахъ пропуска акта въ правильно веденныхъ метрическихъ книгахъ (omission). По толкованію однихъ [3]), свидѣтельскія показанія для удо-

[1]) Aubry et Rau, ibid.; Zachariä, стр. 209; Demolombe, № 322, стр. 160.
[2]) Demolombe, № 325, стр. 163; Zachariä, стр. 210, прим. 12; Aubry et Rau, стр. 235, прим. 3.
[3]) Demolombe, н. с., № 324, стр. 162 и № 332, стр. 168; Marcadé, н. с., стр. 192.

стовѣренія этого обстоятельства допущены быть не должны, ибо, въ противномъ случаѣ, весь законъ о веденіи книгъ превратился бы въ мертвую букву и всегда можно было бы, опираясь на свидѣтелей, утверждать, что то или иное событіе, долженствующее быть своевременно внесеннымъ въ книгу, въ ней пропущено. Поэтому пропускъ въ книгахъ можетъ быть удостовѣренъ не иначе, какъ письменными доказательствами. По мнѣнію же другихъ [1]), и въ этомъ случаѣ свидѣтельскія показанія не исключаются.

Въ германскомъ законѣ 6 февраля 1875 г. никакихъ указаній по сему предмету не содержится, изъ чего выводятъ заключеніе, что фактъ отсутствія акта, не исключая и пропуска въ книгахъ, можетъ быть доказываемъ всѣми дозволенными закономъ доказательствами [2]). Согласно съ симъ, Баденскій законъ 9 декабря 1875 г. (§ 10) и инструкція къ нему (§ 34) оговариваютъ, что, въ случаѣ доказанности совершеннаго неведенія реестра гражданскаго состоянія, утраты или истребленія его въ цѣломъ составѣ или въ части, или перерыва въ его веденіи, событія гражданскаго состоянія могутъ быть удостовѣрены *всякимъ* другимъ способомъ [3]).

Въ русскомъ законодательствѣ указанія на доказательства, допускаемыя при удостовѣреніи въ частномъ порядкѣ дѣйствительности событій брака и рожденія, содержатся въ уставѣ духовныхъ консисторій. На основаніи этого устава, „если бракъ не записанъ въ метрическихъ актахъ, то событіе онаго можетъ доказываться: а) обыскною книгою; б) исповѣдными росписями; в) гражданскими документами, если изъ оныхъ видно, что именующіеся или именуемые супругами признавались таковыми въ присутственныхъ мѣстахъ и безспорно пользовались гражданскими правами и преиму-

---

[1]) Zachariä, н. с., стр. 209, прим. 5; Aubry et Rau, н. с., стр. 216 и 217, текстъ и прим. 9—13.

[2]) Hinschius, н. с., стр. 67, прим. 7; Prager, Lehrbuch des gesammten Privatrechts, I, стр. 173; Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs u. Preussens, т. I, 1902 г., стр. 129; Gengler, Das deutsche Privatrecht, 4 изд. 1892 г., стр. 71; Roth, System des Deutschen Privatrechts, т. I, стр. 339.

[3]) См. Hinschius, н. с., стр. 281 и 286.

ществами, зависящими отъ законнаго супружества, и г) слѣдствіемъ" (ст. 260). Слѣдствіе же должно заключать въ себѣ показанія причта, который вѣнчалъ бракъ, бывшихъ при бракѣ свидѣтелей и вообще знающихъ о достовѣрности событія брака, причемъ, кромѣ священнослужителей, супруговъ, о которыхъ идетъ дѣло, и ихъ родителей, всѣ прочія лица даютъ показанія подъ присягою (ст. 261). Аналогичнымъ образомъ удостовѣряется и рожденіе отъ законнаго брака, относительно коего законъ постановляетъ, что „если рожденіе въ указанномъ приходѣ въ показанное время не записано, или если метрическая запись сомнительна, потому что находится подъ другимъ числомъ, или съ разнорѣчіемъ въ именахъ рожденнаго или родителей, или съ подчистками, или по другимъ причинамъ, то дѣлается справка съ исповѣдными росписями, начиная отъ указаннаго года рожденія до дня производства дѣла, также съ метрическою и съ обыскною книгою о бракѣ родителей, и производится слѣдствіе, въ которомъ вопрошаются пріемники и лица, бывшія при крещеніи" (ст. 265). „Если родителей нѣтъ въ живыхъ, то, сверхъ показаній отъ священника, крестившаго и бывшихъ при крещеніи, преимущественно обращается вниманіе на всѣ относящіеся до лица, о которомъ идетъ дѣло, документы, изъ коихъ можно было бы видѣть, какъ признавали его родители, какъ оно вообще признаваемо было при жизни родителей и не было ли при жизни родителей спора о законности его происхожденія (ст. 267). Смотря по надобности, консисторія собираетъ свѣдѣнія и изъ другихъ источниковъ, каковы суть: формулярные списки родителей, родословныя, городскія и обывательскія книги, ревизскія сказки и проч." (ст. 268).

Изъ этихъ опредѣленій закона явствуетъ: 1) что удостовѣреніе событій брака и рожденія, не внесенныхъ въ метрическія книги или сомнительныхъ по какимъ-либо причинамъ, производится либо документами, либо показаніями свидѣтелей; 2) что, судя по порядку перечисленія допускаемыхъ доказательствъ означенныхъ событій, законъ присваиваетъ документамъ преимущественное значеніе; 3) что въ доказатель-

ство допускаются не одни церковные, но и всякіе гражданскіе документы, насколько изъ послѣднихъ обнаруживается пользованіе состояніемъ супруга или законнаго дитяти (possession d'état), и 4) что изъ числа свидѣтелей не исключаются ни супруги, ни родители, которые лишь допрашиваются безъ присяги. Эти же правила повторены въ ст. 35, 36 и 121 т. X ч. 1.

Въ нѣсколько измѣненномъ видѣ правила эти вошли въ ст. 1356 уст. гражд. суд., постановляющую, что въ доказательство рожденія отъ законнаго брака могутъ быть принимаемы: исповѣдныя росписи, родословныя, городовыя, обывательскія книги, формулярные списки и ревизскія сказки, а *въ дополненіе сихъ актовъ* принимаются показанія свидѣтелей и въ томъ числѣ, когда можно, священника, который совершалъ крещеніе, и бывшихъ при томъ церковнаго причта и воспріемниковъ. Такимъ образомъ, этою статьею закона точно опредѣленъ кругъ актовъ, могущихъ служить доказательствомъ рожденія, а свидѣтельскимъ показаніямъ придано значеніе не самостоятельнаго, а лишь дополнительнаго, вспомогательнаго доказательства (р. 1898 г. № 32, вопр. 41).

Это же правило, съ нѣкоторыми измѣненіями, воспроизведено въ ст. 1356[5] того же устава относительно доказыванія законности рожденія у раскольниковъ. Въ силу этой статьи, когда рожденіе не записано въ метрической книгѣ или когда правильность сдѣланной въ сей книгѣ записи оспорена, то доказательствами признаются родословныя, городовыя обывательскія книги, ревизскія сказки, именные списки раскольниковъ, формулярные списки родителей и показанія свидѣтелей. Сравненіе текста этой статьи со статьею 1356 показываетъ, что, сверхъ пропуска въ ней исповѣдныхъ росписей и замѣны ихъ именными списками раскольниковъ, слова „показанія свидѣтелей“ не сопровождаются оговоркою „а въ дополненіе сихъ актовъ“, такъ что свидѣтели допускаются въ видѣ не субсидіарнаго, а самостоятельнаго, главнаго доказательства (ср. р. Общ. Собр. 1899 г. № 28).

Казалось бы, что если законъ преподалъ правила о доказательствахъ по дѣламъ о гражданскомъ состояніи, то эти же

правила должны имѣть примѣненіе во всѣхъ случаяхъ, когда, по свойству дѣла, приходится доказывать гражданское состояніе.

Ближайшее разсмотрѣніе вопроса не позволяетъ однако остановиться на подобномъ рѣшеніи въ дѣлахъ объ исправленіи метрическихъ актовъ. Прежде всего надлежитъ замѣтить, что уставъ духовныхъ консисторій касается исключительно лицъ православнаго исповѣданія, а не лицъ другихъ христіанскихъ и нехристіанскихъ исповѣданій, которыхъ только предполагаемый порядокъ исправленія метрическихъ актовъ имѣетъ въ виду. При томъ, порядокъ удостовѣренія событій браковъ и рожденій, установленный этимъ уставомъ, носитъ на себѣ печать дореформеннаго слѣдственнаго производства и формальной теоріи доказательствъ, ограничивающей право суда оцѣнивать доказательства разными предустановленными признаками достовѣрности или недостовѣрности. Независимо отъ сего, правила уст. духов. конс. направлены на удостовѣреніе только событій браковъ и рожденій, а не исправленія метрическихъ актовъ вообще, а слѣдовательно не вполнѣ примѣнимы къ удостовѣренію событія смерти, исправленія ошибокъ и описокъ въ именахъ, отчествахъ, званіяхъ, дня, часа или мѣста рожденія или смерти и т. п.

Перенесенныя изъ устава духовныхъ консисторій въ уставъ гражданскаго судопроизводства, правила объ ограниченіи способовъ доказыванія законности рожденія оказываются особенно тягостными и едва-ли умѣстными въ процессѣ, построенномъ на началѣ свободной оцѣнки судомъ доказательствъ, ставя преграды сторонамъ и суду къ установленію матеріальной истины и вынуждая судъ отвергать факты несомнѣнные только потому, что они удостовѣряются не тѣми, а другими доказательствами. Нельзя при этомъ не замѣтить, что ст. 1356 и 1356^{5} уст. гражд. суд. предусматриваютъ доказательства законности рожденія при существованіи по сему предмету *спора* и врядъ ли желательно и цѣлесообразно распространеніе ихъ на случаи, когда требуется лишь полученіе надлежащаго акта о безспорномъ фактѣ законнаго рожденія, а тѣмъ болѣе, когда рѣчь идетъ не о законности рожденія, а

объ удостовѣреніи событія смерти или объ устраненіи изъ метрическаго акта вкравшихся въ него неточностей въ обстоятельствахъ, лишь косвенно вліяющихъ на самыя права состоянія, какъ, напр., во времени рожденія, званіи родителей, въ означеніи воспріемниковъ и т. п. Въ виду сего, представлялось бы, на мой взглядъ, болѣе правильнымъ предоставить суду въ дѣлахъ объ исправленіи метрическихъ актовъ большій просторъ въ принятіи доказательствъ, присвоивъ ему право, смотря по обстоятельствамъ каждаго даннаго случая, довольствоваться показаніями свидѣтелей или требовать представленія письменныхъ доказательствъ, безъ ограниченія, притомъ, этихъ послѣднихъ доказательствъ опредѣленнаго рода офиціальными актами, такъ какъ, нерѣдко, и частные акты, письма, телеграммы и т. п. могутъ являться болѣе достовѣрными и убѣдительными доказательствами, чѣмъ предустановленные закономъ офиціальные документы: родословныя, обывательскія книги или ревизскія сказки. Трудно найти какія-либо вѣскія соображенія для оправданія того, что показанія свидѣтелей могутъ быть признаны достаточнымъ доказательствомъ событія рожденія у раскольника, и такія же свидѣтельскія показанія должны быть признаны неимѣющими сами по себѣ, помимо извѣстныхъ документовъ, доказательной силы въ отношеніи рожденія у лютеранина, еврея или магометанина. Равнымъ образомъ, невозможно считать логически правильнымъ такое положеніе, что исключеніе изъ метрической книги для раскольниковъ неправильной записи о рожденіи у такихъ-то супруговъ ребенка, въ дѣйствительности вовсе не родившагося, можетъ состояться на основаніи однихъ свидѣтельскихъ показаній, тогда какъ подобное же исключеніе неправильной записи у инославнаго или иновѣрца должно сопровождаться непремѣнно представленіемъ вовсе несуществующихъ въ такихъ случаяхъ офиціальныхъ документовъ [1]). Предоставленіе суду права потребовать, въ случаѣ надобности, письменныя

[1]) См. опред. 1 Д-та Сената отъ 11 дек. 1905 г. за № 10315 по д. Македонскаго объ исключеніи изъ метрической книги записи о рожденіи будто бы у него сына Мордки.

доказательства, нисколько не нарушитъ принципа уст. гражд. суд. о несобиранiи самимъ судомъ доказательствъ (ст. 367), ибо судъ только укажетъ, что такiя доказательства необходимы для установленiя обстоятельствъ дѣла, а отнюдь не будетъ самъ требовать отъ подлежащихъ мѣстъ и лицъ доставленiя ему такихъ-то и такихъ-то документовъ; подобное же указанiе просителю на необходимость представленiя доказательствъ въ подтвержденiе обстоятельствъ дѣла разрѣшается закономъ (ст. 368) даже въ состязательномъ процессѣ, а тѣмъ болѣе допустимо въ порядкѣ охранительнаго судопроизводства, гдѣ нѣтъ сторонъ съ противоположными интересами и гдѣ самодѣятельность суда можетъ проявиться съ большею энергiею и въ большемъ объемѣ. Не было бы даже нарушенiемъ принциповъ судебныхъ уставовъ и въ указанiи судомъ просителю, какой именно документъ (справка, выписка изъ обывательской книги или ревизской сказки и т. п.) долженъ быть представленъ, такъ какъ надлежащее установленiе обстоятельствъ, лежащихъ въ основанiи ходатайства просителя, не можетъ причинить вреда заинтересованнымъ лицамъ, для которыхъ состоявшееся въ охранительномъ порядкѣ опредѣленiе суда не обязательно и можетъ быть ими оспорено въ исковомъ порядкѣ. Германскiй законъ 17 мая 1898 г. о дѣлахъ охранительнаго судопроизводства (der freiwilligen Gerichtsbarkeit) предписываетъ даже суду, по собственному почину (von Amtswegen), принимать всѣ мѣры, необходимыя для установленiя фактической стороны дѣла и для подкрѣпленiя ея нужными доказательствами (§ 12), а законъ 6 февраля 1875 г. спецiально оговариваетъ право суда потребовать разъясненiе обстоятельствъ дѣла объ исправленiи метрическаго акта чрезъ установленiе, надзирающее за веденiемъ книгъ (§ 66). Съ своей стороны, французское законодательство, указывающее на возможность доказыванiя событiй брака, рожденiя и смерти, за отсутствiемъ метрическихъ книгъ, документами или свидѣтелями (code civil, ст. 46), предоставляетъ допущенiе или отклоненiе доказательства свидѣтельскими показанiями свободному усмотрѣнiю суда [1]). Такое же усмо-

[1]) Aubry et Rau, н. с., стр. 216; Demolombe, н. с. № 325; Zachariä. н. с.,

трѣніе суда вытекаетъ и изъ смысла ст. 122 гражд. улож. губерній Царства Польскаго, гласящей: „Если книги вовсе не были ведены, затерялись или были истреблены, или если актъ не былъ въ нихъ внесенъ, или по внесеніи затерялся, былъ вырванъ или истребленъ, то заключенный бракъ *можетъ быть доказываемъ либо документами, либо свидѣтельскими показаніями*".

Прійдя, такимъ образомъ, къ заключенію, что въ дѣлахъ объ исправленіи актовъ гражданскаго состоянія отъ суда должно зависѣть допустить ли доказательство чрезъ свидѣтелей или потребовать представленія письменныхъ доказательствъ, нельзя не остановиться на вопросѣ о томъ: въ правѣ ли самъ судъ устанавливать, путемъ повѣрки доказательствъ, событіе брака, не записанное или невѣрно записанное въ метрическихъ книгахъ? Вопросъ этотъ возникаетъ вслѣдствіе того, что по ст. 64 отд. II, 250 отд. II, 553 (п. 9) и 1188 (п. 6) т. XI, ч. 1 уст. духов. дѣлъ иностр. исповѣд., изд. 1896 г., удостовѣреніе о законности браковъ лицъ римско-католическаго, армяно-католическаго, евангелическо-лютеранскаго и армяно-грегоріанскаго исповѣданій отнесено къ вѣдѣнію духовной власти, и что, въ силу ст. 1338 уст. гражд. суд., при возникновеніи въ какомъ-либо дѣлѣ брачномъ или о законности рожденія вопроса о законности брака судъ, по разъясненіямъ Правительствующаго Сената (рѣш. 1873 г. № 149 и 1874 г. № 849), обязанъ пріостановить производство впредь до разрѣшенія этого вопроса судомъ духовнымъ, не изъемля отъ сего правила и вопросовъ о дѣйствительности браковъ магометанъ (рѣш. 1874 г. № 766).

Право гражданскаго суда устанавливать событіе брака для исправленія метрической книги едва ли, однако, можетъ подлежать сомнѣнію. Въ отношеніи сектантовъ (раскольниковъ и баптистовъ), духовенство коихъ не признавалось или не признается закономъ, сомнѣніе устраняется уже тѣмъ, что никакого иного, кромѣ гражданскаго суда, правитель-

стр. 210; Sirey, Supplément, прим. 1 къ ст. 46 гражд. код. („Les juges sont investis d'un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou rejeter la preuve testimoniale autorisée par l'art. 46.").

ственнаго органа для удостовѣренія событія брака нѣтъ и быть не можетъ, а для раскольниковъ самъ законъ (ст. 1356[1] и 1356[3] уст. гражд. суд.) призналъ гражданскій судъ компетентнымъ разрѣшать, хотя въ исковомъ порядкѣ, вопросы о дѣйствительности браковъ (рѣш. 1902 г. № 69). Что же касается лицъ инославныхъ и иновѣрныхъ исповѣданій, то слѣдуетъ различать *удостовѣреніе* безспорныхъ браковъ на предметъ выдачи по нимъ надлежащихъ метрическихъ актовъ отъ признанія дѣйствительными или недѣйствительными браковъ *спорныхъ*. Когда рѣчь идетъ о выдачѣ надлежащаго метрическаго акта о бракѣ, въ метрической книгѣ незаписанномъ или невѣрно записанномъ, то суду предстоитъ лишь убѣдиться въ томъ, что заявленіе просителя о существованіи никѣмъ не оспариваемаго брака соотвѣтствуетъ дѣйствительности и постановить объ исправленіи или пополненіи въ отношеніи этого брака метрической книги. Для убѣжденія же въ существованіи такого брака необходимо суду войти въ разсмотрѣніе и оцѣнку доказательствъ, представляемыхъ въ подкрѣпленіе ходатайства. Требовать отъ духовныхъ властей установленія дѣйствительности событія брака—значило бы признать преюдиціальнымъ постановленіе духовнаго начальства и лишить судъ самостоятельности, сдѣлать судъ совершенно излишнею инстанціею, ибо само духовное начальство, удостовѣрясь въ дѣйствительности брака, могло бы сдѣлать распоряженіе о выдачѣ объ этомъ бракѣ надлежащаго метрическаго акта. Кромѣ того, инославное или иновѣрное духовное начальство, за отсутствіемъ въ законѣ правилъ о порядкѣ его дѣятельности для констатированія событія брака, было бы фактически лишено возможности производить дѣла по сему предмету.

Такимъ образомъ, съ подчиненіемъ дѣлъ объ исправленіи актовъ гражданскаго состоянія судебнымъ установленіямъ, логически необходимо признать за судомъ право принимать и оцѣнивать доказательства въ удостовѣреніе существованія брака, пропущеннаго или съ погрѣшностями записаннаго въ метрической книгѣ[1]). Поэтому и гражданское уложеніе губерній

[1]) См. Анненковъ, Система русскаго гражданскаго права, т. V, стр. 89.

Царства Польскаго не предусматриваетъ какихъ-либо исключеній для дѣлъ объ исправленіи актовъ о бракахъ, предоставляя ихъ вѣдѣнію суда по общимъ правиламъ, предписаннымъ для всякаго рода испрасленія метрическихъ актовъ (ст. 122 и 140; уст. гражд. суд. ст. 1647). Тѣмъ не менѣе, ст. 1338 уст. гражл. суд. можетъ и должна имѣть примѣненіе и къ дѣламъ объ исправленіи метрическихъ актовъ, а именно въ тѣхъ случаяхъ, когда, напримѣръ, возникнетъ сомнѣніе въ законности самаго брака по несоблюденію предписанныхъ для вступленія въ бракъ требованій и отъ разрѣшенія этого сомнѣнія будетъ зависѣть возможность или невозможность удовлетворенія ходатайства просителя объ исправленіи акта.

Затѣмъ, едва ли можетъ подлежать сомнѣнію, что къ истребованію выписей изъ метрическихъ книгъ, сличенію документовъ съ этими книгами и къ оцѣнкѣ доказательной силы метрическаго свидѣтельства о рожденіи должны примѣняться правила ст. 1341, 1342, 1354 и 1355 уст. гражд. суд.

VIII.

1) Пріостановленіе производства объ исправленіи акта должно имѣть мѣсто, на точномъ основаніи ст. 8 уст. гражд. суд., въ случаѣ зависимости исправленія акта отъ предварительнаго разрѣшенія уголовнымъ судомъ дѣла о противозаконномъ дѣяніи, послѣдствіемъ коего явилась неправильность метрическаго акта. Такъ, напр., проживаніе лица по чужому паспорту и запись брака и родившихся дѣтей подъ фамиліею лица, значащагося въ этомъ паспортѣ, необходимо обусловливаютъ собою предварительное изслѣдованіе этихъ обстоятельствъ уголовнымъ судомъ и лишь установленіе уголовнымъ судомъ факта пользованія чужою фамиліею можетъ послужить основаніемъ гражданскому суду къ исправленію метрическихъ записей брака и рожденія дѣтей [1]). Установленіе означеннаго

---

[1]) См. привед. въ № II опред. по д. Аблова, Шенкеръ, Шпетнера и Михалевича.

уголовнаго обстоятельства самимъ гражданскимъ судомъ возможно будетъ лишь въ случаяхъ невозможности уголовнаго преслѣдованія за смертью обвиняемаго, за истеченіемъ давности и за Высочайшимъ указомъ или общимъ милостивымъ манифестомъ, дарующимъ прощеніе (ст. 16 уст. угол. суд.) [1]. Разсмотрѣнію уголовнымъ судомъ обстоятельства проживанія по чужому паспорту и именованія себя чужою фамиліею при записи брака и рожденій дѣтей не можетъ препятствовать ст. 27 уст. угол. суд. о преюдиціальности вопроса о правахъ состоянія, такъ какъ въ данномъ случаѣ не обсужденіе уголовнаго дѣянія зависитъ отъ опредѣленія права состоянія, а, наоборотъ, право состоянія или, точнѣе, исправленіе акта состоянія зависитъ отъ обсужденія уголовнаго дѣянія.

2) Дальнѣйшее, засимъ, производство должно подчиняться общимъ правиламъ уст. гражд. суд., причемъ опредѣленіе суда, какъ касающееся права состоянія, т. е. права, имѣющаго публичный характеръ, можетъ, по примѣненію къ п. 7 ст. 343 устава, состояться не иначе, какъ по выслушаніи заключенія прокурора, какъ это, по примѣру ст. 99 code civil и ст. 856 code de procédure civile, установлено и ст. 140 гражд. улож. 1825 г. и ст. 1652 уст. гражд. суд. для губерній Царства Польскаго [2]. Хотя, по отзыву литературы [3] и судебныхъ дѣятелей [4], участіе прокурора въ дѣлахъ гражданскихъ, вслѣдствіе его обремененности другими занятіями и недостаточнаго знакомства съ гражданскимъ правомъ и процессомъ, является безполезнымъ [5], и нерѣдко влечетъ за собою замедленіе производства, тѣмъ не менѣе,

---

[1]) Ср. р. гр. к. д. 1882 г. № 155 по д. Вихерта.

[2]) Такое же правило предположено и ст. 624 кн. II проекта гражд. улож., изд. 1902 г.

[3]) См. Вербловскій, Вопросы гражд. права и процесса, стр. 386 и 387; Короновскій, Замѣтки по вопросамъ гражд. судопр., Журн. М-ва Юстиціи 1898 г., кн. 10, стр. 39 и 40; Васьковскій, Недостатки устава гражд. судопр., Журн. Юрид. Общ. 1895 г., кн. 1, стр. 29 и 30; Исаченко, Гражд. процессъ, т. I, стр. 848.

[4]) См. Труды Высоч. учр. ком. для пересмотра законоположеній по судебн. части, Сводъ ревиз. отчетовъ, т. IV, стр. 126—130 и т. V, разд. II, стр. 424—430.

[5]) Противнаго мнѣнія Малининъ, Убѣжденіе судьи, стр. 29 и 57.

пока правила уст. гражд. суд. о заключеніи прокурора по дѣламъ, связаннымъ съ публичнымъ интересомъ, не отмѣнены, было бы непослѣдовательно не требовать заключенія прокурора по дѣламъ объ исправленіи актовъ гражданскаго состоянія, когда по аналогичнымъ дѣламъ брачнымъ и о законности рожденія заключеніе это обязательно.

3) Само собою разумѣется, что состоявшееся по дѣлу опредѣленіе суда подлежитъ обжалованію участвующими лицами, на общемъ основаніи, путемъ принесенія частныхъ жалобъ и просьбъ объ отмѣнѣ рѣшеній, и что этого права не могутъ быть лишены и лица прокурорскаго надзора по тѣмъ дѣламъ, которыя ими непосредственно возбуждены (ср. ст. 1651 уст. гражд. суд.). Французская судебная практика предоставляетъ прокурору право обжалованія опредѣленія суда даже въ томъ случаѣ, когда дѣло начато не имъ, если только дѣло такого рода, что могло бы быть возбуждено имъ непосредственно [1]). Къ подобному расширенію права прокурора у насъ едва ли представляется достаточное основаніе въ виду того, что нашъ уставъ гражданскаго судопроизводства ограничиваетъ право прокурора приносить жалобы по спорнымъ дѣламъ о правахъ состоянія лишь случаями участія его въ дѣлѣ въ качествѣ стороны (ст. 1344 и 1345).

Слѣдуетъ замѣтить, что право обжалованія опредѣленій по дѣламъ объ исправленіи актовъ принадлежитъ лишь лицамъ, участвовавшимъ въ дѣлѣ, а не третьимъ лицамъ, правъ коихъ опредѣленія эти могутъ касаться. Такія третьи лица, если интересы ихъ затрогиваются опредѣленіемъ окружнаго суда, не лишены возможности обжаловать это опредѣленіе въ судебную палату и, этимъ путемъ вступивъ въ дѣло, сдѣлаться „участвующими“ въ дѣлѣ (рѣш. 1878 г. № 30; 1872 г. № 885 и 1868 г. № 449). Если же они этимъ правомъ не воспользовались, то они не могутъ просить объ отмѣнѣ опредѣленія ни въ кассаціонномъ порядкѣ, доступномъ только для лицъ, участвовавшихъ въ дѣлѣ (рѣш. 1874 г. № 447, 1871 г. № 597

---

[1]) См. Aubry et Rau, н. с., стр. 213; Zachariä, н. с., стр. 204, прим. 7 in fine.

и др.), ни въ порядкѣ пересмотра рѣшенія по просьбамъ третьихъ лицъ, не участвовавшихъ въ дѣлѣ, права коихъ нарушаются состоявшимся рѣшеніемъ. Послѣдняго способа отмѣны опредѣленія они лишены потому, что, какъ это неоднократно разъяснено Правительствующимъ Сенатомъ, „къ числу окончательныхъ судебныхъ рѣшеній не могутъ быть причислены частныя опредѣленія судебныхъ мѣстъ, постановленныя въ порядкѣ охранительнаго судопроизводства, ибо сіи послѣднія не имѣютъ того рѣшительнаго значенія для лицъ, въ дѣлѣ не участвовавшихъ, какое имѣютъ вообще рѣшенія, состоявшіяся въ порядкѣ тяжебнаго производства. Судопроизводство охранительное имѣетъ своимъ предметомъ не разрѣшеніе спорныхъ правъ, а только охраненіе, обезпеченіе и признаніе правъ безспорныхъ, и особенность сего рода дѣлъ заключается въ томъ, что производства сіи возникаютъ въ судахъ не по искамъ частныхъ лицъ, а по ихъ просьбамъ объ огражденіи и признаніи ихъ правъ, и что дѣла сего рода разсматриваются и разрѣшаются не въ порядкѣ состязательнаго производства". Эти данныя приводятъ къ тому заключенію, что „опредѣленіе суда, состоявшееся въ порядкѣ охранительнаго судопроизводства, какъ постановленное по односторонней просьбѣ частнаго лица, не можетъ стѣснять того, кто въ дѣлѣ участія не принималъ, а между тѣмъ считаетъ свои собственныя права симъ рѣшеніемъ нарушенными, требовать возстановленія оныхъ общимъ порядкомъ судопроизводства, а слѣдовательно въ этихъ случаяхъ не представляется и повода къ просьбѣ о пересмотрѣ того опредѣленія въ силу 795 ст. уст. гражд. суд." (рѣш. 1870 г. № 611; см. также рѣш. 1874 г. № 400; 1875 г. № 116 и 1876 г. № 590). Французское законодательство, присвоющее опредѣленію суда по просьбѣ объ исправленіи акта гражданскаго состоянія значеніе судебнаго *рѣшенія*, способнаго воспріять законную силу (ст. 99 и 100 code civil и ст. 858 code de procédure civile), тѣмъ самымъ допускаетъ и пересмотръ рѣшенія по просьбѣ третьихъ лицъ (tierce opposition); тѣмъ не менѣе оно сдѣлало подобный пересмотръ почти невозможнымъ, оговоривъ спеціально по этому пред-

мету, не смотря на общее правило ст. 1351 гражд. код. о предѣлахъ обязательности окончательнаго судебнаго рѣшенія, что рѣшеніе объ исправленіи не можетъ быть противопоставлено лицу, заинтересованому, но объ исправленіи не просившему и къ производству не вызванному (ст. 100) [1].

4) Нельзя, при этомъ, упускать изъ виду, что исправленіе акта состоянія имѣетъ своимъ послѣдствіемъ, съ одной стороны, измѣненіе въ метрическихъ книгахъ, а съ другой— выдачу заинтересованнымъ лицамъ метрическихъ актовъ, дающихъ возможность осуществлять всѣ права, изъ удостовѣряемаго ими состоянія проистекающія. Всякія же колебанія какъ въ записяхъ метрическихъ книгъ, такъ и въ пользованіи правами состоянія сопряжены съ весьма серьезными и нежелательными послѣдствіями. Между тѣмъ такія колебанія оказывались бы возможными и вѣроятными при допущеніи исполненія опредѣленій судебныхъ мѣстъ по дѣламъ объ исправленіи метрическихъ актовъ, подобно всякимъ другимъ частнымъ опредѣленіямъ (ст. 787 уст. гражд. суд.), не смотря на принесеніе частной или кассаціонной жалобы. Поэтому представлялось бы цѣлесообразнымъ, по примѣру п. п. 1 и 2 ст. 814[1] уст. гражд. суд. (по прод. 1902 г.), признать, что такія опредѣленія подлежатъ исполненію лишь по истеченіи срока на принесеніе частной или кассаціонной жалобы, а если она подана, то по ея разрѣшеніи. Такого же правила держится и германскій союзный законъ 17 мая 1898 г., постановляющій, что опредѣленіе суда, удовлетворяющее ходатайство объ исправленіи записи въ книгѣ гражданскаго состоянія, подлежитъ исполненію лишь по вступленіи въ законную силу (§ 70), т. е. когда оно болѣе обжаловано быть не можетъ [2].

5) Какимъ же способомъ опредѣленіе суда можетъ быть приведено въ исполненіе?

---

[1]) См. Marcadé, н. с., стр. 232; Demolombe, н. с., № 336, стр. 169; Aubry et Rau, н. с., стр. 214; Zachariä, н. с., стр. 205, текстъ и прим. 13.

[2]) См. объяснит. зап. (Denkschrift) къ проекту этого закона въ изд. Геймана, 1898 г., стр. 65—67 и 91.

Прежде всего надлежитъ замѣтить, что обычный способъ обращенія судебнаго опредѣленія къ исполненію—выдача исполнительнаго листа—представляется въ данномъ случаѣ едва ли примѣнимымъ, такъ какъ, съ одной стороны, листъ этотъ предназначается для предъявленія судебному приставу (ст. 937 и 938 уст. гражд. суд.), вовсе не причастному къ исправленію актовъ состоянія, а съ другой—въ немъ прописывается только резолютивная часть опредѣленія (ст. 927 и прил. къ ней), тогда какъ многія данныя, входящія въ составъ метрическаго акта какъ необходимыя его принадлежности, напр. время рожденія и крещенія, означеніе воспріемниковъ и т. п., могутъ содержаться именно въ исторической части опредѣленія. Поэтому, по примѣру ст. 1165, 1574 и 1875 уст. гражд. суд., было бы правильно выдавать просителю копію съ опредѣленія съ надлежащею надписью. Содержаніе этой надписи должно зависѣть отъ того отношенія, въ которое опредѣленіе суда будетъ поставлено къ метрическимъ книгамъ. Въ рѣш. 1900 г. № 35 по д. Штильмановъ Правительствующій Сенатъ, указывая, что, при неведеніи метрическихъ книгъ, для даказыванія законности рожденія не остается иного пути, какъ обращеніе къ судебной власти для исходатайствованія постановленія о признаніи просителей рожденными отъ законнаго брака такихъ то родителей, нашелъ, что *копія такого постановленія и должна замѣнять метрическое свидѣтельство, удостовѣряющее законность рожденія просителей.* Такимъ образомъ, Правительствующій Сенатъ призналъ, что копія постановленія суда „замѣняетъ“ собою метрическое свидѣтельство, т. е. что такая копія является метрическимъ актомъ внѣ всякой связи съ метрическою книгою. Подобное разъясненіе Сената находитъ точку опоры въ законѣ, предоставляющемъ суду, помимо духовной власти, выдавать, на основаніи своего опредѣленія объ узаконеніи добрачныхъ дѣтей, новое, взамѣнъ метрическаго, свидѣтельство (ст. 1460^7 уст. гражд. суд.), и такія же свидѣтельства судъ выдаетъ и дѣтямъ, сопричтеннымъ къ законнымъ Высочайшими указами (прим. къ ст. 1460^7), а также дѣтямъ лицъ, узаконенныхъ судебнымъ опредѣленіемъ (р. 1899 г. № 88). Нельзя, однако, не

обратить вниманія на то, что, возлагая на судъ обязанность выдавать узаконеннымъ дѣтямъ новыя свидѣтельства, законъ, для сохраненія связи этого новаго свидѣтельства съ метрическою книгою, предписываетъ суду „сообщать о семъ подлежащей духовной консисторіи для соотвѣтственной отмѣтки въ метрической книгѣ о рожденіяхъ“ (ст. 1460[7]). Кромѣ того, самое требованіе закона о выдачѣ узаконенному новаго свидѣтельства, а не копіи опредѣленія объ узаконеніи, доказываетъ, что копія опредѣленія не замѣняетъ собою метрическаго акта. Не слѣдуетъ при этомъ упускать изъ-вида, что самое дробленіе властей, уполномоченныхъ выдавать метрическіе акты, не можетъ не отразиться вредно на самомъ значеніи и юридическомъ свойствѣ метрическихъ книгъ, а также на интересахъ государства и частныхъ лицъ, обусловившихъ заведеніе этихъ книгъ. Послѣднія тщательно сохраняются и оберегаются и служатъ источникомъ свѣдѣній о правахъ состоянія для многихъ поколѣній и для правительственныхъ властей, тогда какъ выданная судомъ копія опредѣленія или свидѣтельство могутъ затеряться, не дойти къ потомству лица, коему они выданы, и даже вовсе не быть извѣстны этому потомству, которое, равно какъ и правительственные органы, за свѣдѣніями о состояніи означеннаго лица вынуждены будутъ обращаться къ неисправленнымъ и непополненнымъ метрическимъ книгамъ и пользоваться невѣрными метрическими данными или вовсе не получать необходимыхъ имъ свѣдѣній. Кромѣ того, выдача свидѣтельствъ узаконеннымъ дѣтямъ судомъ, а не властями, ведущими метрическія книги, оказалась на практикѣ мѣрою, крайне тягостною для узаконяемыхъ. Въ качествѣ особаго вида метрическихъ актовъ, установленнаго спеціально для дѣтей, происходящихъ отъ внѣбрачнаго сожительства ихъ родителей, свидѣтельства эти, самимъ фактомъ выдачи ихъ судомъ, кладутъ на дѣтей клеймо позора, закрѣпляютъ за дѣтьми документальное воспоминаніе о несчастномъ происхожденіи, унижающемъ ихъ достоинство и причиняющемъ имъ ничѣмъ не заслуженныя нравственныя страданія, тогда какъ, по мысли закона, пятно незаконнорожденности должно быть смыто

послѣдующимъ бракомъ родителей. Всѣ эти невыгодныя и тяжелыя послѣдствія являются прямымъ результатомъ оторванности означенныхъ свидѣтельствъ отъ метрическихъ книгъ и были бы избѣгнуты, если бы, на основаніи опредѣленій суда, метрическіе акты, какъ это имѣетъ мѣсто при нормальномъ теченіи жизни, выдавались не судомъ, а органами, ведущими метрическія книги. Изъ циркулярнаго указа Святѣйшаго Синода отъ 23 августа 1888 г. за № 6, видно, что и духовная консисторія, удостовѣряя событіе, пропущенное или неправильно записанное въ метрическихъ книгахъ, постановляетъ рѣшеніе о внесеніи въ метрическую книгу отсутствовавшаго акта или объ исправленіи невѣрной въ ней записи („епархіальное начальство не имѣло достаточныхъ основаній постановить рѣшеніе о *внесеніи въ подлежащія метрическія книги событія рожденія* дочери *и объ исправленіи записи* о бракѣ“) [1]), и это же подтверждается свѣдѣніями, содержащимися въ рѣшеніи Сената по д. Янушевича (р. 1879 г. № 152). Такимъ образомъ исправленіе актовъ состоянія нынѣ единственно уполномоченнымъ на то православнымъ духовенствомъ производится не внѣ метрическихъ книгъ, а непремѣнно въ связи съ этими книгами, въ этихъ самыхъ книгахъ. Соблюденіе такого же порядка ставится безусловнымъ требованіемъ для исправленія актовъ состоянія законодательствами французскимъ (art. 101 code civil) и германскимъ (§ 65 зак. 6 февр. 1875 г.), особо оговаривающими, что опредѣленіе суда объ исправленіи должно быть внесено чиновникомъ гражданскаго состоянія въ метрическую книгу, и въ этомъ же смыслѣ выражено велѣніе закона въ ст. 142 гражд. улож. губ. Царства Польскаго.

Признавая, по изложеннымъ соображеніямъ, единственно правильнымъ и цѣлесообразнымъ исполненіе опредѣленія суда объ исправленіи акта при посредствѣ метрическихъ книгъ, я нахожу, что копія вступившаго въ законную силу опредѣленія суда должна быть выдана просителю съ надписью о томъ, что она выдается на предметъ внесенія въ метрическую

---

[1]) См. сборн. Завьялова, стр. 275.

книгу. Отъ просителя, затѣмъ, уже будетъ зависѣть обратиться съ этою копіею къ подлежащей власти, вѣдающей метрическія книги, для полученія надлежащаго метрическаго акта. По германскому законодательству, самъ судъ сообщаетъ чиновнику гражданскаго состоянія свое опредѣленіе для внесенія въ реестръ надлежащей отмѣтки [1]). Но такой пріемъ нисколько не облегчаетъ заинтересованныхъ лицъ, такъ какъ они должны все таки явиться къ чиновнику за полученіемъ исправленнаго акта. Поэтому предпочтительнѣе правило французскаго закона (c. civ, ст. 49 и 101; c. proc. civ., ст. 857), усвоенное и ст. 1650 нашего уст. гражд. суд. для губерній Варшавскаго судебнаго округа, о представленіи опредѣленія суда лицу, ведущему метрическія книги, самими заинтересованными лицами.

Что же касается самаго порядка внесенія опредѣленія въ метрическую книгу, то по французскому праву опредѣленіе вносится въ текущую книгу, въ видѣ протокола, и на поляхъ того акта, объ исправленіи котораго состоялось опредѣленіе, дѣлается надлежащая отмѣтка (code civ. art. 101). Этотъ же порядокъ предписанъ чиновникамъ гражданскаго состоянія и въ губерніяхъ Привислинскихъ ст. 1650 уст. гражд. суд. Германскій же законъ о книгахъ гражданскаго состоянія ограничивается лишь надлежащими, по содержанію опредѣленія суда, отмѣтками на поляхъ исправляемаго акта (§ 65 зак. 6 февр. 1875 г.), съ пріобщеніемъ опредѣленія суда къ наряду [2]). Эта послѣдняя система представляется болѣе соотвѣтствующею табличной, а не протоколярной, формѣ нашихъ метрическихъ книгъ и является очень практичною, пріурочивая всѣ свѣдѣнія объ извѣстномъ событіи къ одному мѣсту книги. Указаніе на примѣненіе этого именно способа исправленія акта, хотя лишь на одинъ спеціальный случай, содержится въ ст. 872 т. IX, по которой прихожанинъ, замѣтившій послѣ внесенія событія въ метрическую книгу

---

[1]) См. Hinschius, н. с., стр. 194, прим. 64 и § 65 зак. 6 февр. 1875 г.

[2]) Hinschius, ibid, прим. 65; Инструкція Союзнаго Совѣта 22 іюня 1875 г. § 9, ibid, стр. 232.

ошибку, можетъ просить священника объ исправленіи „и о вѣрности показанія свидѣтельствовать письменно *въ особой графѣ*". Но этотъ способъ, удобопримѣнимый къ исправленію ошибокъ и другихъ погрѣшностей записи, оказывается непригоднымъ къ пополненію метрической книги новыми, въ ней пропущенными, актами, такъ какъ, съ одной стороны, свободныхъ мѣстъ между записями не оставляется, а съ другой—книга на тотъ годъ, къ которому относится вносимый актъ, можетъ быть совсѣмъ закончена и, такимъ образомъ, вписаніе въ нее новаго акта представится фактически невозможнымъ. Въ этихъ случаяхъ цѣлесообразно, согласно правилу ст. 1650 уст. гражд. суд., новый актъ, составляемый на основаніи опредѣленія суда, внести въ *текущую* метрическую книгу и отмѣтку о немъ сдѣлать въ той книгѣ, въ которую событіе должно было быть записано своевременно.

Едва ли можетъ быть сомнѣніе, что въ тѣхъ рѣдкихъ случаяхъ, когда неизвѣстно, гдѣ именно событіе, подлежащее внесенію въ книгу, имѣло мѣсто, какъ, напр., гдѣ родилось или умерло лицо, актомъ о рожденіи или смерти коего должна быть пополнена книга, актъ долженъ быть внесенъ въ книгу мѣста жительства просителя [1]).

Резюмируя все вышеизложенное и не касаясь постановленій устава духовныхъ консисторій объ удостовѣреніи событій брака и рожденія лицъ православнаго исповѣданія, прихожу къ заключенію, что настоятельно необходимо дополнить постановленія устава гражданскаго судопроизводства объ охранительномъ судопроизводствѣ правилами объ исправленіи метрическихъ книгъ для инославныхъ и иновѣрныхъ исповѣданій на слѣдующихъ, приблизительно, основаніяхъ:

1) Ходатайствовать объ исправленіи метрической книги могутъ лишь лица, имѣющія въ томъ законный интересъ, а также прокурорскій надзоръ въ тѣхъ случаяхъ, когда съ исправленіемъ сопряженъ интересъ государства.

---

[1]) См. Sirey, Supplément, къ ст. 99 c. c., п. 6.

2) Право просить объ исправленіи метрической книги не прекращается никакою давностью.

3) Просьбы или предложенія прокурора подаются въ мѣстный, по веденію книгъ, окружный судъ, а если отъ исправленія главнаго акта зависитъ исправленіе другихъ актовъ, находящихся съ нимъ въ связи, то по мѣсту веденія книги, въ которую внесенъ этотъ главный актъ; въ случаѣ же неизвѣстности, гдѣ именно произошло событіе, подлежащее внесенію въ книгу,—по мѣсту жительства просителя.

4) При просьбѣ представляется актъ, подлежащій исправленію, а при неимѣніи таковаго по неведенію книгъ или по другой подобной причинѣ, а также по невключенію своевременно акта въ книгу, удостовѣреніе о томъ подлежащей власти. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда полученіе такого удостовѣренія невозможно, причина отсутствія акта можетъ быть доказываема свидѣтельскими показаніями.

5) Въ доказательство ходатайства просителя допускаются всякаго рода документы, а также свидѣтельскія показанія, но отъ суда зависитъ, смотря по свойству дѣла, не принимать вовсе показаній свидѣтелей или принимать ихъ лишь въ дополненіе къ письменнымъ доказательствамъ.

6) Къ дѣламъ объ исправленіи метрическихъ книгъ примѣняются ст. 1338, 1341, 1342, 1354 и 1355 уст. гражд. суд.

7) О днѣ, назначенномъ для слушанія дѣла, участвующія въ дѣлѣ лица извѣщаются повѣстками. Опредѣленія по просьбамъ объ исправленіи метрическихъ книгъ постановляются не иначе, какъ по выслушаніи заключенія прокурора.

8) Участвующія въ дѣлѣ лица, а также прокуроръ по дѣламъ, имъ непосредственно возбужденнымъ, въ правѣ приносить на опредѣленіе суда частныя и кассаціонныя жалобы, на общемъ основаніи.

9) По истеченіи срока на принесеніе частной или кассаціонной жалобы, а если она подана, то по ея разрѣшеніи, просителю выдается копія вступившаго въ законную силу опредѣленія съ надписью, что она выдана на предметъ внесенія въ метрическую книгу.

10) По содержанію опредѣленія суда объ исправленіи акта, внесеннаго въ метрическую книгу, дѣлается въ сей книгѣ, въ особой графѣ, надлежащая отмѣтка, а если актъ въ книгу не внесенъ, то составляемый согласно опредѣленію суда актъ вносится въ текущую метрическую книгу, а въ книгѣ, въ которой, по времени, актъ этотъ долженъ былъ бы занять мѣсто, дѣлается соотвѣтственная отмѣтка. Въ случаѣ неизвѣстности, гдѣ именно произошло событіе, удостовѣряемое опредѣленіемъ суда, событіе это вносится въ подлежащую книгу мѣста жительства просителя.

IX.

1) Съ осуществленіемъ предположенія объ установленіи правилъ охранительнаго судопроизводства для исправленія и пополненія метрическихъ книгъ, казалось бы, всѣ дефекты и недочеты въ метрическихъ книгахъ должны быть устраняемы исключительно опредѣленіями суда и особыя по сему предмету постановленія закона должны подлежать отмѣнѣ. На этомъ основаніи льготы по воинской повинности, обусловленныя событіями, подлежащими внесенію въ метрическія книги, какъ, напр., льготы, зависящія отъ состава семьи призываемаго, должны доказываться опредѣленіями суда, вмѣсто требуемаго нынѣ удостовѣренія полиціи (ст. 123, прим., т. IV уст. воин. пов., изд. 1897 г.) или служебнаго и общественного начальства (ст. 146). Между тѣмъ, Правительствующій Сенатъ, по Общему Собранію 1 и касс. департ., по вопросу, возникшему по сему предмету въ губерніяхъ Варшавскаго судебнаго округа, гдѣ дѣйствуютъ правила уст. гражд. суд. объ исправленіи актовъ гражданскаго состоянія, нашелъ, „что въ уставѣ о воинской повинности не содержится указанія на то, чтобы, при опредѣленіи семейнаго состоянія призываемыхъ лицъ, за недостаткомъ актовъ гражданскаго состоянія, присутствія по воинской повинности могли руководствоваться исключительно опредѣленіями судебныхъ мѣстъ. При отсутствіи какихъ либо постановленій по сему предмету, нѣтъ основанія къ тому, чтобы признать непримѣнимыми, по гу-

берніямъ Царства Польскаго, общія правила, установленныя для прочихъ губерній Имперіи, по которымъ вопросъ о льготахъ по семейному положенію разрѣшается самостоятельно присутствіями по воинской повинности, какъ вообще, такъ и въ частности по отношенію къ евреямъ (прим. къ ст. 104 по изд. 1886 г.). Въ виду сего, Правительствующій Сенатъ не находитъ основаній къ измѣненію, по отношенію къ порядку опредѣленія семейнаго положенія лицъ, призываемыхъ къ исполненію воинской повинности, практики, установившейся въ большинствѣ судебныхъ установленій округа Варшавской судебной палаты и *основанной на отсутствіи въ уст. гражд. суд. опредѣлительныхъ по сему предмету постановленій*". На этомъ основаніи Правительствующій Сенатъ призналъ, что ходатайства о выдачѣ составляемыхъ, такъ называемымъ иляціоннымъ порядкомъ (т. е. по одностороннимъ просьбамъ заинтересованныхъ лицъ), показательныхъ актовъ, въ удостовѣреніе правъ на льготы по отбыванію воинской повинности, не подлежатъ разсмотрѣнію судебныхъ установленій (р. 1890 г. № 31).

Какъ видно изъ исторической части этого опредѣленія, обсуждавшійся въ немъ вопросъ возникъ вслѣдствіе того, что въ составъ семьи еврея Козловскаго по призывному списку вошелъ сынъ его Хаимъ, давно умершій, но актъ о смерти коего не былъ составленъ. Вслѣдствіе этого, для предоставленія единственному сыну своему, состоявшему на призывѣ, льготы 1-го разряда, Козловскій обратился въ Радомскій окружный судъ съ прошеніемъ о допросѣ свидѣтелей относительно факта смерти упомянутаго сына и о постановленіи опредѣленія на предметъ представленія таковаго въ воинское присутствіе. Окружный судъ, а также и Варшавская судебная палата ходатайство это отклонили на томъ основаніи, что „хотя ст. 139 гражд. улож. 1825 г. и даетъ право, при невозможности удостовѣрить смерть лица актомъ, составленнымъ въ книгѣ гражданскаго состоянія, доказывать смерть,—*въ случаѣ, когда это требуется для того или другого дѣла въ гражданскомъ судѣ*,—или документами, или свидѣтельскими показаніями, *но къ постановленію опредѣляния*

о признаніи лица умершимъ вообще не уполномочиваетъ гражданскій судъ, такъ какъ смерть лица вообще доказывается лишь актомъ, внесеннымъ въ книгу гражданскаго состоянія, въ порядкѣ, установленномъ 131—138 ст. улож. 1825 г." Кромѣ того, изъ изложенныхъ въ томъ же опредѣленіи Сената свѣдѣній явствуетъ, что дореформенныя судебныя установленія Царства Польскаго допускали въ илляціонномъ порядкѣ составленіе показательныхъ актовъ, удостовѣряющихъ событія бракосочетанія, рожденія и смерти; большинство же новыхъ судебныхъ учрежденій составленіе подобныхъ актовъ отклоняетъ, руководствуясь буквальнымъ смысломъ ст. 1648—1652 уст. гражд. суд., уполномочивающихъ судебныя мѣста постановлять опредѣленія объ *исправленіи существующихъ актовъ гражданскаго состоянія*, а не объ установленіи событій, которыя должны составлять содержаніе означенныхъ актовъ.

Такимъ образомъ, изложенное опредѣленіе Правительствующаго Сената, санкціонирующее практику судебныхъ установленій Варшавскаго судебнаго округа о непринадлежности суду права пополненія метрическихъ книгъ актами, въ нихъ пропущенными, представляется принципіальнымъ. Если бы Сенатъ ограничился разрѣшеніемъ лишь частнаго вопроса о правѣ воинскихъ присутствій руководствоваться при предоставленіи льготъ по семейному положенію постановленіями устава о воинской повинности, то можно было бы истолковать его опредѣленіе въ смыслѣ отступленія отъ общихъ правилъ о значеніи судебнаго исправленія актовъ гражданскаго состоянія при столкновеніи со специальными предписаніями уст. воин. повин. Но Правительствующій Сенатъ свое опредѣленіе мотивировалъ, между прочимъ, тѣмъ, что нѣтъ „основаній къ измѣненію по отношенію къ порядку опредѣленія семейнаго положенія лицъ, призываемыхъ къ исполненію воинской повинности, практики, установившейся въ большинствѣ судебныхъ установленій округа Варшавской судебной палаты и основанной на отсутствіи въ уст. гражд. суд. опредѣлительныхъ по сему предмету постановленій", т. е., что практика судебныхъ установленій, признающихъ вообще непод-

лежащими вѣдомству суда ходатайства о пополненіи метрическихъ книгъ актами, въ нихъ не внесенными, правильно примѣнена и къ частному случаю—удостовѣренію семейнаго положенія призываемыхъ къ отбыванію воинской повинности. Такая мотивировка, съуживающая компетенцію суда въ столь практически важномъ вопросѣ, какъ исправленіе актовъ гражданскаго состоянія, представляется едва ли соотвѣтствующею духу и даже буквѣ закона.

По ст. 122 и 139 гражд. улож. 1825 г., если книги гражданскаго состоянія вовсе не были ведены, или были истреблены, или же *если актъ не былъ въ нихъ внесенъ*, или по внесеніи затерялся, вырванъ изъ книги или истребленъ, то заключенный бракъ или событіе смерти могутъ быть доказываемы либо документами, либо свидѣтельскими показаніями. Законъ, слѣдовательно, прямо предусматриваетъ случаи невнесенія (пропуска) акта въ метрическія книги и даетъ возможность восполненія такого недостатка книгъ путемъ представленія доказательствъ: документовъ или свидѣтелей. Спрашивается: кому должны быть представлены эти доказательства, кто въ правѣ ихъ разсматривать и оцѣнивать, кто властенъ признать ихъ достаточными и какія послѣдствія такого признанія? Судебныя установленія Варшавскаго судебнаго округа не отрицаютъ, что компетентнымъ учрежденіемъ для разсмотрѣнія доказательствъ и для признанія доказываемыхъ ими событій установленными является судъ, но находятъ, что подобное установленіе событій возможно лишь въ тѣхъ случаяхъ, „когда это требуется для того или другого дѣла въ гражданскомъ судѣ“, т. е., когда признаніе событія, не внесеннаго въ метрическую книгу, является инцидентомъ въ другомъ производствѣ суда, а не тогда, когда оно вызывается самостоятельно предъявленнымъ ходатайствомъ. Но какимъ закономъ подкрѣпляется подобный выводъ? Гдѣ та правовая норма, которая воспрещаетъ обращеніе къ суду съ самостоятельнымъ требованіемъ о признаніи факта рожденія, брака или смерти съ цѣлью внесенія установленнаго судомъ факта въ книгу гражданскаго состоянія? И для чего было законодателю помѣщать правила ст. 122 и 139 среди постано-

вленій раздѣла IV „объ актахъ гражданскаго состоянія“, если на нихъ не распространяется относящаяся ко всему этому раздѣлу глава V того же раздѣла „объ исправленіи актовъ гражданскаго состоянія“, и почему толковать ст. 85, 86 и 90, говорящія объ отмѣткахъ въ книгѣ на основаніи судебнаго рѣшенія и о разсмотрѣніи гражданскимъ судомъ дѣла объ актахъ гражданскаго состоянія, въ ограничительномъ смыслѣ, именно въ смыслѣ отнесенія ихъ лишь къ существующимъ въ книгѣ актамъ, а не къ актамъ, коими книга должна быть восполнена? Въ оправданіе такого узкаго толкованія ссылаются на то, что ст. 1647—1652 уст. гражд. суд., какъ и ст. 140—142 гражд. улож. 1825 г., трактуютъ лишь объ „исправленіи“ актовъ гражданскаго состоянія, а не также о пополненіи книгъ гражданскаго состоянія новыми, своевременно не составленными актами. Но такое формальное, буквальное пониманіе закона едва ли можетъ быть признано правильнымъ. Достаточно указать на то, что и французское гражданское уложеніе (ст. 99—101) и уставъ гражданскаго судопроизводства (ст. 855—858) говорятъ лишь объ „исправленіи“ (rectification) актовъ состоянія, тѣмъ не менѣе въ судебныхъ мѣстахъ никогда не возбуждалось сомнѣнія, что подъ „исправленіе“ подходитъ и устраненіе дефектовъ книгъ гражданскаго состоянія внесеніемъ актовъ, въ нихъ отсутствующихъ. Не затруднялись подведеніемъ подъ ст. 140—142 гражд. улож. актовъ, своевременно не составленныхъ, и дореформенные суды Привислинскихъ губерній, а между тѣмъ включеніемъ въ уст. гражд. суд. правилъ ст. 1647—1652, направленныхъ исключительно на нормированіе *процессуальнаго* порядка производства дѣлъ объ исправленіи актовъ, никакихъ измѣненій въ матеріально-правовыхъ опредѣленіяхъ объ актахъ, по какимъ либо причинамъ отсутствующихъ въ книгахъ (ст. 122 и 139 гражд. улож.), не произошло. Ограничительное и буквальное пониманіе новыми судебными мѣстами выраженія закона „исправленіе“ актовъ имѣетъ своимъ послѣдствіемъ тотъ прискорбный результатъ, что лица, не имѣющія метрическихъ актовъ вслѣдствіе неведенія, утраты или истребленія книгъ, лишаются навсегда

возможности пользоваться столь необходимыми въ разнообразныхъ и многочисленныхъ случаяхъ доказательствами своего состоянія и тѣмъ, нерѣдко, ставятся въ безпомощное положеніе. Достойно вниманія, что французскіе суды и представители литературы, идя на встрѣчу потребностямъ практической жизни, нашли возможнымъ крайне ограниченный буквальный смыслъ ст. 46 code civil, предусматривающей возможность доказыванія предъ судомъ, въ порядкѣ исправленія актовъ, событій рожденія, брака или смерти лишь въ случаяхъ неведенія реестра или его утраты („lorsqu' il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus“), распространить на всѣ случаи отсутствія актовъ состоянія (см. выше №№ IV и VII); суды же Привислинскихъ губерній, не смотря на широко охватывающія всѣ случаи отсутствія актовъ ст. 122 и 139 гражд. улож. 1825 г., остановились на діаметрально-противоположномъ толкованіи, преграждающемъ во всѣхъ этихъ случаяхъ доступъ къ суду для установленія событій, долженствующихъ быть удостовѣренными актами гражданскаго состоянія. Такое ненормальное явленіе недопустимо и съ точки зрѣнія русскаго законодательства, которое, нормируя вопросъ объ удостовѣреніи событій браковъ и рожденій лишь по отношенію къ лицамъ православнаго исповѣданія, сочло необходимымъ правило о такомъ удостовѣреніи установить на случай не только исправленія погрѣшностей въ метрическихъ книгахъ, но и восполненія книгъ актами, въ нихъ невнесенными (уст. духов. конс., ст. 260 и 265); судебная же практика, какъ выше (№ II) показано, стремится, путемъ распространительнаго толкованія законовъ, дать возможность и лицамъ инославныхъ и иновѣрныхъ исповѣданій получить надлежащія доказательства о событіяхъ, не включенныхъ въ метрическія книги.

Изложенныя соображенія обязываютъ прійти къ заключенію, что ходатайства о выдачѣ составляемыхъ илляціоннымъ порядкомъ показательныхъ актовъ не только могутъ, но и должны подлежать разсмотрѣнію суда. При возможности же означенными актами удостовѣрить семейное положеніе призываемыхъ къ отбыванію воинской повинности, акты эти, въ изъятіе отъ общихъ правилъ ст. 123 (прим.) и 146 уст.

воин. повин., должны исключительно служить доказательствами для пользованія льготами по семейному положенію. Выводъ этотъ подтверждается и примѣчаніемъ 2 къ ст. 49 уст. воин. повин., по которой, въ губерніяхъ Царства Польскаго, производящееся на основаніи особыхъ мѣстныхъ законовъ усыновленіе пріемышей должно и въ воинскихъ присутствіяхъ доказываться актами, исходящими отъ судебной власти, а не по правиламъ, установленнымъ для Имперіи.

2) По германскому союзному закону 6 февраля 1875 г. о всякомъ случаѣ усыновленія должна быть внесена отмѣтка въ книгу гражданскаго состоянія (§ 26). По французскому гражданскому кодексу (ст. 359), а также по гражданскому уложенію 1825 г. губерній Царства Польскаго (ст. 324) усыновленіе, по разрѣшеніи его судебнымъ рѣшеніемъ, должно быть, въ теченіе трехъ мѣсяцевъ, внесено въ книгу гражданскаго состоянія той мѣстности, гдѣ усыновитель имѣетъ жительство, иначе усыновленіе остается безъ послѣдствій. Такія требованія предъявляются закономъ именно потому, что усыновленіемъ производится существенное измѣненіе въ правахъ состоянія усыновленнаго и посему не можетъ не найти выраженія въ актахъ гражданскаго состоянія.

Наше законодательство, не смотря на весьма важныя права, связываемыя съ усыновленіемъ, а именно: право на фамилію усыновителя (т. X ч. 1, ст. 152), право на почетное гражданство при усыновленіи дворянами и потомственными почетными гражданами лица, имѣющаго меньшія права состоянія (ст. 153), право усыновленнаго купцомъ быть внесеннымъ въ сословное купеческое свидѣтельство усыновителя (ст. 156), право на пропитаніе и воспитаніе со стороны усыновителя и право наслѣдованія въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ послѣдняго (ст. 156[1]),—не содержитъ въ себѣ какихъ либо указаній на необходимость и возможность внесенія усыновленія въ метрическія книги, хотя по аналогичному институту узаконенія законъ призналъ необходимымъ привести фактъ послѣдовавшаго узаконенія въ связь съ метрическими книгами (ст. 1460[7] уст. гражд. суд.). Вслѣдствіе такой оторванности усыновленія отъ метрической книги, до-

казывать установившееся отношеніе усыновленія приходится, смотря по порядку усыновленія, различными способами: при усыновленіи съ содѣйствіемъ судебной власти—опредѣленіемъ суда, а при усыновленіи припискою къ семейству мѣщанъ или крестьянъ—удостовѣреніемъ казенной палаты или приговоромъ подлежащаго сельскаго схода. Такое различіе въ способахъ доказыванія усыновленія порождаетъ на практикѣ не мало сомнѣній и затрудненій. Въ отношеніи льготъ отъ воинской повинности по семейному положенію усыновленнаго уставъ о воинской повинности, постановляя, что пріемыши, усыновленные до десятилѣтняго возраста, считаются за родныхъ сыновей (ст. 49, п. 2), особо оговорилъ, что усыновленіе пріемышей до десятилѣтняго возраста въ сословіи мѣщанскомъ доказывается удостовѣреніями казенныхъ палатъ, съ утвержденія которыхъ послѣдовало означенное дѣйствіе, а въ сословіи крестьянъ—приговорами подлежащихъ сельскихъ сходовъ, составляемыми при самой припискѣ пріемышей къ семействамъ. Независимо отъ сего указано, что относительно усыновленныхъ крестьянами до 15 января 1885 г. въ доказательство принимаются такіе же приговоры, составленные по надлежащемъ удостовѣреніи сходами въ томъ, что пріемыши, объ усыновленіи которыхъ сдѣланы заявленія, дѣйствительно приняты были заявителями въ ихъ семейства ранѣе достиженія десятилѣтняго возраста и состоятъ въ тѣхъ семействахъ налицо (прим. 1 къ ст. 49). Такимъ образомъ, уставъ о воинской повинности устанавливаетъ: а) способъ доказыванія усыновленія мѣщанами и крестьянами, и б) способъ удостовѣренія усыновленія крестьянами пріемышей, совершившагося до 1885 года.

Что касается способа доказыванія усыновленія мѣщанами и крестьянами, то онъ вполнѣ согласованъ съ правилами X т. 1 ч. объ усыновленіи. По изданіи 12 марта 1891 г. закона объ усыновленіи и о порядкѣ производства дѣлъ объ усыновленіи въ судебныхъ мѣстахъ (П. С. З. № 7525; уст. гражд. суд. ст. 1460^{8}—1460^{12}), въ судебныя установленія стали поступать просьбы объ усыновленіи мѣщанъ и крестьянъ лицами тѣхъ же сословій, а казенныя палаты пре-

кратили приписку усыновленныхъ къ семействамъ мѣщанъ. Послѣ происходившихъ по сему предмету недоразумѣній и пререканій, 1-й департаментъ Правительствующаго Сената опредѣленіемъ, напечатаннымъ въ собр. узак. и распор. правит., № 60, ст. 623, разъяснилъ, что для усыновленія мѣщанами и крестьянами порядокъ остался прежній, указанный въ ст. 157 т. X ч. 1, и въ этомъ же смыслѣ высказался и гражд. кассац. департ. (рѣш. 1898 г. № 32, по вопр. 32).

На практикѣ возникъ вопросъ: примѣнимъ ли этотъ же способъ доказыванія, установленный примѣчаніемъ къ ст. 49 уст. воин. повин., и къ усыновленію крестьянами Прибалтійскихъ губерній? Первый департаментъ Правительствующаго Сената указомъ отъ 22 мая 1900 г. за № 6020 [1]) призналъ, что такъ какъ въ приведенномъ законѣ не сдѣлано никакого изъятія въ отношеніи губерній Прибалтійскаго края, подобно тому, какъ это сдѣлано для губерній Царства Польскаго, то усыновленіе пріемышей, если оно не доказано порядкомъ, установленнымъ въ ст. 185 ч. III св. мѣстн. узак. губ. Остз. и въ ст. 952 полож. о крест. Лифляндской губ., „можетъ быть доказано только способомъ, установленнымъ въ примѣч. 1 къ ст. 49 уст. воин. повин., т. е. приговорами сельскихъ сходовъ, каковыми въ Прибалтійскомъ краѣ, очевидно, должны почитаться протоколы схода выборныхъ". Между тѣмъ, такое распространеніе на Прибалтійскія губерніи правила прим. 1 къ ст. 49 уст. воин. пов., основаннаго на не дѣйствующей въ этихъ губерніяхъ ст. 157 т. X ч. 1, едва ли представляется правильнымъ.

Въ Прибалтійскихъ губерніяхъ, еще до изданія устава о воинской повинности 1 январк 1874 г., дѣйствовалъ для лицъ всѣхъ сословій, кромѣ крестьянъ, законъ, изображенный въ ст. 185 ч. III свод. мѣстн. узак. губ. Остз. 1864 г. и, въ редакціи 1890 г., гласящій: „Усыновленіе считается

---

[1]) Подобныя же опредѣленія состоялись 20 апрѣля 1900 г. за № 3513; 3 мая 1890 г. за № 4080; 27 октября 1899 г. за № 8228. См. Горяиновъ, Уставъ о воинской повинности, изд. 10, тезисы 316 и выписки 1 и 3; 328 и выписку къ нему, и тезисъ 331 и выписку къ нему.

совершившимся, какъ скоро *подлежащій судъ* утвердитъ оное по просьбѣ о семъ усыновителя“. Относительно же крестьянъ мѣстныя крестьянскія положенія: Лифляндское 1860 г. (ст. 952) и Эстляндское 1856 г. (ст. 1077) постановляютъ, что о всякомъ принятомъ дитяти усыновляющій, во избѣжаніе могущихъ встрѣтиться впослѣдствіи недоразумѣній въ отношеніи къ наслѣдству, обязанъ объявить и записать *въ судѣ*. Въ Высочайше утвержденномъ 9 іюля 1889 г. волостномъ судебномъ уставѣ для Прибалтійскихъ губерній порядокъ усыновленія крестьянами всѣхъ названныхъ губерній очерченъ точнѣе. Ст. 276 и 277 отд. II этого устава опредѣляютъ, что „просьбы объ усыновленіи крестьянами лицъ крестьянскаго состоянія или подкидышей подаются въ тотъ волостной судъ, въ вѣдомствѣ котораго имѣетъ жительство усыновляемый. Волостной судъ, удостовѣрясь въ законности и правильности ходатайства объ усыновленіи и въ томъ, что усыновленіе не обратится во вредъ усыновленному, постановляетъ . . . . опредѣленіе о разрѣшеніи усыновленія“.

Приведенныя постановленія закона съ несомнѣнною убѣдительностью доказываютъ, что безъ судебнаго опредѣленія не можетъ имѣть мѣсто усыновленіе, а слѣдовательно доказательствомъ усыновленія можетъ служить исключительно опредѣленіе суда, а не приговоръ схода выборныхъ. Отсутствіе указанія по сему предмету въ уст. воин. пов. нисколько не мѣняетъ этого положенія, такъ какъ, при безусловномъ требованіи закона о совершеніи усыновленія *въ судѣ*, никакіе внѣсудебные акты опредѣленія суда замѣнить не могутъ. Это съ непререкаемою категоричностью выражено въ ст. 2996 и 2999 ч. III св. мѣстн. узак., по которымъ „совершеніе сдѣлки въ самомъ судѣ необходимо . . . . 3) при усыновленіи“, и несоблюденіе сего „влечетъ за собою недѣйствительность самой сдѣлки и даже невозможность утвержденія оной впослѣдствіи“. Согласно съ симъ, и гражданскій кассаціонный департаментъ призналъ, что въ Прибалтійскихъ губерніяхъ внѣсудебное усыновленіе, путемъ приписки къ семейству усыновителя, не можетъ быть допущено и, во всякомъ случаѣ, должно быть признано недѣйствительнымъ (р. 1890 г. № 6, вопр. 57).

Съ другой стороны, указаніе прим. 1 къ ст. 49 уст. воен. повин., что приговоръ сельскихъ сходовъ принимается въ доказательство усыновленія крестьянами до 15 января 1885 г., съ тѣмъ, чтобы приговоры эти составлялись „по надлежащемъ удостовѣреніи въ томъ, что пріемыши, объ усыновленіи которыхъ сдѣланы заявленія, дѣйствительно приняты были заявителями въ ихъ семейства ранѣе достиженія десятилѣтняго возраста и состоятъ въ тѣхъ семействахъ на-лицо", не оставляетъ сомнѣнія, что такими приговорами освящается усыновленіе, задолго до составленія приговора совершившееся, т. е. что усыновленіе дѣйствительно и помимо приговора, вступаетъ въ силу однимъ фактомъ его совершенія, а приговоромъ схода оно лишь утверждается, удостовѣряется.

Такое правило закона находится въ полномъ соотвѣтствіи со ст. 157 т. X ч. I, по которой приписка къ семействамъ крестьянскимъ должна быть производима съ вѣдома подлежащихъ обществъ, но согласія обществъ на таковую приписку не требуется. Распространяя на Прибалтійскія губерніи прим. 1 къ ст. 49 уст. воин. пов., вышеприведенный указъ 1-го Департамента за № 6020 прямо оговариваетъ, что протоколы схода выборныхъ должны заключать въ себѣ то удостовѣреніе, о которомъ говорится въ этомъ примѣчаніи.

Независимо отъ соображеній, изложенныхъ выше въ опроверженіе утвержденія о возможности въ Прибалтійскихъ губерніяхъ усыновленія путемъ приписки къ семейству, надлежитъ остановиться на вопросѣ о томъ: съ какого момента усыновленіе въ Прибалтійскихъ губерніяхъ можетъ считаться совершившимся?

На этотъ вопросъ положительный и ясный отвѣтъ даютъ цитированные выше мѣстные законы. По ст. 185 ч. III св. мѣст. узак. губ. Остз. „усыновленіе считается *совершившимся, какъ скоро* подлежащій *судъ утвердитъ оное*". По ст. 277 волост. суд. уст. „волостной судъ . . . . постановляетъ опредѣленіе *о разрѣшеніи* усыновленія", а по ст. 2999 той же ч. III св. мѣстн. узак. несовершеніе сдѣлки объ усыновленіи въ самомъ судѣ „влечетъ за собою недѣйствительность сдѣлки

и даже невозможность утвержденія оной впослѣдствіи" (въ нѣмецкомъ текстѣ „welche (Nichtigkeit) auch durch eine nachträgliche Bestätigung nicht gehoben werden kann"), т. е. невозможность присвоенія ей силы путемъ послѣдующаго признанія или одобренія (ratihabitio). Буквальный смыслъ этихъ законовъ исключаетъ всякое сомнѣніе въ томъ, что, пока нѣтъ опредѣленія суда объ утвержденіи или разрѣшеніи усыновленія, нѣтъ и самаго усыновленія, и что судъ своимъ опредѣленіемъ не освящаетъ уже ранѣе совершившійся и имѣющій юридическую силу фактъ, подобно тому, какъ своимъ опредѣленіемъ объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства онъ удостовѣряетъ лишь право, уже законно существующее съ момента смерти наслѣдодателя (ст. 1254 т. X. ч. I), а *создаетъ*, производитъ усыновленіе, почитаемое до того несуществующимъ, ничтожнымъ. Словомъ, въ Прибалтійскихъ губерніяхъ опредѣленіе суда имѣетъ творческое (конститутивное), а не удостовѣряющее только (декларативное) значеніе. Поэтому датированіе опредѣленія суда къ ранѣе осуществившемуся уже усыновленію, какъ это установляется прим. 1 къ ст. 49 уст. воин. пов., представляется немыслимымъ, а слѣдовательно и примѣненіе къ названнымъ губерніямъ указываемаго этимъ примѣчаніемъ способа удостовѣренія, такъ сказать, заднимъ числомъ совершившагося усыновленія является логически недопустимымъ, содержало бы въ себѣ внутреннее самопротиворѣчіе и знаменовало бы полное игнорированіе мѣстныхъ законовъ.

Такимъ образомъ, въ Прибалтійскихъ губерніяхъ усыновленіе можетъ быть доказываемо исключительно опредѣленіемъ о томъ суда и считается существующимъ лишь съ момента воспослѣдованія сего опредѣленія.

Повторяю, приведенныя недоразумѣнія и сомнѣнія были бы устранены, если бы усыновленіе, по примѣру ст. 324 гражд. улож. Царства Польскаго 1825 г., было приведено въ соотношеніе съ метрическими книгами и могло удостовѣряться метрическимъ актомъ.

А. Г. Гасманъ.

РЕФОРМА АДВОКАТУРЫ ВЪ ФИНЛЯНДІИ.

I.

Земскимъ чинамъ Великаго Княжества Финляндскаго, созваннымъ на сеймъ въ 1904-мъ году, выпала на долю сложная и отвѣтственная задача—дать общественной или, вѣрнѣе, народной жизни страны ея прежнее спокойное и закономѣрное теченіе. Дѣло, начатое сеймомъ, завершилось, какъ извѣстно, Высочайшимъ манифестомъ $\frac{\text{22 октября}}{\text{4 ноября}}$ 1905 года, возстановившимъ въ Финляндіи законный порядокъ управленія.

Но и помимо этой дѣятельности, направленной къ возстановленію въ краѣ правопорядка, согласованнаго съ основными законами княжества, сейму 1904 года, предстояло провести въ жизнь рядъ значительныхъ реформъ въ законодательной области; мы разумѣемъ учрежденіе въ Финляндіи института оффиціальныхъ судебныхъ повѣренныхъ, организацію нотаріальной части, а также введеніе въ Великомъ Княжествѣ новыхъ межевого устава и судопроизводства по межевымъ дѣламъ. Эти реформы обусловливались, главнымъ образомъ, той общей судебной реформой въ Финляндіи, которая была предпринята на рубежѣ XX-го вѣка.

Въ 1897 г. закончила свою дѣятельность особая комиссія изъ опытныхъ финляндскихъ юристовъ, образованчая согласно петиціи, заявленной на сеймѣ 1891 года, для пересмотра законовъ о судопроизводствѣ и судоустройствѣ въ княжествѣ. Ком-

мисія эта начала свою работу съ 1893 года, и результатомъ ея почти пятилѣтняго труда явились проекты трехъ отдѣльныхъ законодательныхъ актовъ, со всѣми относящимися до нихъ мотивами, а именно: проекты уставовъ судоустройства, гражданскаго и уголовнаго судопроизводства, долженствовавшіе замѣнить относящіеся къ этой области, постановленія, такъ называемаго, Общаго Уложенія, изъ которыхъ многія сохранились въ неприкосновенности съ 1734 года [1]).

Обветшалыя формы, унаслѣдованныя Финляндіей изъ Швеціи отъ вѣковъ минувшихъ, должны были уступить мѣсто новымъ судамъ, новымъ формамъ и обрядамъ судопроизводства. Однако, судебная реформа въ Финляндіи сохранила всѣ тѣ своеобразныя особенности, которыя, освященныя многолѣтнимъ опытомъ, гарантировали финскимъ судебнымъ установленіямъ полное довѣріе народа, и которыя отвѣчали его правовымъ понятіямъ. Составители финляндскихъ проектовъ исходили изъ той практической точки зрѣнія, что лишь такая судебная реформа, которая не поколеблетъ до основанія существующаго въ странѣ порядка отправленія правосудія, можетъ разсчитывать на успѣхъ и прочность; поэтому они категорически высказались противъ коренной ломки существующей въ странѣ судебной организаціи и насажденія совершенно новыхъ неиспытанныхъ еще установленій.

Тѣмъ не менѣе въ обновленные только мѣха было влито совершенно новое вино: формальные законы, сохранивъ нѣкоторые старые институты (напр. институтъ немда), построили судопроизводство на новѣйшихъ процессуальныхъ принципахъ и откинули самымъ рѣшительнымъ образомъ все наслѣдіе инквизиціоннаго процесса. Переходъ отъ письменной къ устной формѣ судопроизводства, отъ теоріи формальныхъ доказательствъ къ началу непосредственности, гласности и оцѣнки фактическаго матеріала по внутреннему убѣжденію судей, согласованнымъ только со свободной совѣстью, переходъ къ обвинительному принципу въ уголовномъ процессѣ и т. д.,—

[1]) См. „Вѣст. Права", 1902 г. № 2—Сандръ—„Судебная реформа въ Финляндіи".

вся эта реформа обусловила необходимость коренныхъ измѣненій въ организаціи суда и вспомогательныхъ при немъ органовъ обвиненія и защиты [1]).

Исходя изъ того взгляда, что большинство лицъ, прибѣгающихъ по гражданскимъ дѣламъ къ содѣйствію суда, далеко не свѣдущи въ законѣ и не умѣютъ должнымъ образомъ пользоваться фактическимъ и юридическимъ матеріаломъ, безъ чего значительно затрудняется правосудіе, составители проекта сочли необходимымъ допустить къ участію въ процессѣ по дѣламъ гражданскимъ повѣренныхъ, какъ со стороны истца, такъ и со стороны отвѣтчика.

Эти повѣренные, по мнѣнію составителей новаго устава, должны удовлетворять требованіямъ спеціальной юридической подготовки, притомъ подготовки основательной, такъ какъ сложныя иногда гражданскія дѣла требуютъ не мало знанія и опытности отъ представителей тяжущихся сторонъ; въ виду изложеннаго составители проекта предложили допускать въ качествѣ повѣренныхъ по дѣламъ, подсуднымъ лагманскимъ и высшимъ судамъ, только лицъ, выдержавшихъ юридическій экзаменъ при университетѣ.

Не менѣе чѣмъ въ гражданскомъ процессѣ заинтересовано правосудіе въ томъ, чтобы обособить *pro* и *contra* въ уголовномъ процессѣ и допустить пренія сторонъ, представляющихъ тезу и антитезу уголовнаго дѣла. Но такъ какъ самъ подсудимый въ большинствѣ случаевъ не въ состояніи съ

---

[1]) Чтобы не слишкомъ отвлекаться отъ основной цѣли настоящей статьи, мы не будемъ входить въ подробности проектированныхъ въ Финляндіи судоустройства и судопроизводства, а лишь вкратцѣ укажемъ, что составителями проекта была принята система судовъ 3-хъ инстанцій; первую изъ нихъ образуютъ *герадскіе* и *лагманскіе* суды, вторую—*гофгерихты* и, наконецъ, третью—высшее судебное установленіе—*Судебный Департаментъ* Императорскаго Финляндскаго Сената. Кромѣ того, въ восьми городахъ княжества, въ которыхъ населеніе свыше 10 тысячъ человѣкъ, составители проекта предложили сохранить ратгаузскіе суды, по компетенціи своей приравниваемые къ герадскимъ.—Число всѣхъ лагманскихъ судебныхъ округовъ опредѣлено 21, изъ нихъ *семь* предположено подчинить Абовскому, *шесть*—Вазаскому и *восемь*—Выборгскому гофгерихту. Герадскихъ судебныхъ округовъ проектировано 121, изъ которыхъ *восемь*, какъ было указано, городскихъ.

Примѣч. автора.

достаточной компетентностью защищать себя на судѣ, то составители проекта рѣшили отдѣлить формальную защиту въ уголовномъ процессѣ отъ матеріальной и поручить первую въ болѣе сложныхъ дѣлахъ, т. е. подсудныхъ лагманскому и высшимъ судамъ, на равныхъ съ обвиненіемъ правахъ, также повѣреннымъ [1]). Эти послѣдніе, какъ и въ гражданскомъ процессѣ, должны удовлетворять требованіямъ юридическаго образовательнаго ценза.

Такія соображенія, въ связи съ тѣмъ, что начала устности и другіе основные принципы, принятые по проекту въ судопроизводствѣ, требуютъ спеціальной подготовки отъ повѣренныхъ, привели составителей проекта къ мысли создать особый институтъ оффиціальныхъ судебныхъ повѣренныхъ, детальная организація котораго основана была бы на началахъ, положенныхъ въ основу подобныхъ-же институтовъ въ другихъ (иностранныхъ) законодательствахъ. Образованіе института оффиціальныхъ повѣренныхъ дѣлало-бы, по мнѣнію составителей проекта, юридическую помощь доступной каждому подсудимому, независимо отъ его матеріальнаго положенія.

Однако, созванные на сеймъ 1900 года земскіе чины Финляндіи, обсудивъ составленное на основаніи изложеннаго предложеніе о судебныхъ повѣренныхъ и ихъ обществахъ, не пришли къ требуемому по закону для постановки сеймоваго рѣшенія согласію всѣхъ сословій, вслѣдствіе чего это сеймовое предложеніе и осталось безъ послѣдствій. Вслѣдъ затѣмъ по Высочайшему повелѣнію финляндскій сенатъ выработалъ новый законопроектъ, который и былъ переданъ на разсмотрѣніе земскихъ чиновъ сейма 1904 года, но еще раньше, а именно закономъ 23-го ноября 1898 года веденіе дѣлъ въ высшихъ судахъ предоставлено было исключительно повѣреннымъ, получившимъ высшее юридическое образованіе.

При начертаніи этого проекта было принято во вниманіе,

---

[1]) Впрочемъ въ ст. I стараго *Общаго Уложенія* также значилось: „Въ уголовномъ дѣлѣ обвиняемый долженъ отвѣчать самъ. Если онъ желаетъ *имѣть помощь въ процессѣ* (i rättegången), то дозволяется ему повѣреннаго брать съ собою“.

что исключительное право веденія дѣлъ въ судахъ высшей инстанціи, предоставленное упомянутымъ закономъ 1898 г. судебнымъ повѣреннымъ, получившимъ юридическое образованіе, вызываетъ необходимость организовать судебную защиту въ краѣ такимъ образомъ, чтобы повѣренные эти осуществляли свою дѣятельность подъ надлежащимъ контролемъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ имѣлось въ виду, что безъ улучшенія организаціи адвокатуры, поставленной въ Финляндіи неудовлетворительнымъ образомъ, невозможно будетъ осуществить ту судебную реформу, которая была, какъ указано выше, уже окончательно проектирована. Но въ виду высказанныхъ на сеймѣ 1900 года сомнѣній въ умѣстности чрезмѣрнаго стѣсненія сторонъ въ избраніи повѣренныхъ, въ новомъ проектѣ предоставленное членамъ обществъ судебныхъ повѣренныхъ исключительное право веденія судебныхъ дѣлъ ограничено только высшими судебными мѣстами. Кромѣ того приняты были также въ соображеніе нѣкоторыя редакціонныя измѣненія, предложенныя комиссіею законовъ на сеймѣ 1900 года [1]).

II.

Такова въ общихъ чертахъ исторія вопроса о созданіи въ Финляндіи института оффиціальной адвокатуры.

Раньше чѣмъ обратиться къ детальному разсмотрѣнію новаго законопроекта о судебномъ представительствѣ въ Финляндіи, укажемъ основные принципы, на которыхъ по дѣйствующему въ Княжествѣ законодательству зиждется организація судебнаго представительства и тѣ начала, которыя имъ противопоставлены въ проектѣ 1904 г.—о судебныхъ повѣреныхъ и ихъ обществахъ.

До 1898 года въ Финляндіи, также какъ въ дореформенное время въ Россіи (въ предѣлахъ собственно русскихъ губерній), при исключительномъ дѣйствіи правилъ стараго

---

[1]) См. Высочайшее предложеніе земскимъ чинамъ Финляндіи на сеймѣ 1904 г.—о судебныхъ повѣренныхъ и ихъ обществахъ.

судоустройства и судопроизводства, судебное представительство не составляло ни привилегіи, ни монополизированнаго права или обязанности особаго класса юристовъ, а было предоставлено всѣмъ и каждому по избранію тяжущихся и подсудимыхъ. Законодательство ограничивалось лишь тѣмъ, что указывало нѣсколько категорій лицъ, которымъ воспрещалось быть повѣренными [1]. Финляндское Уложеніе приэтомъ еще указывало (§ 2), что „тѣ, кто за другихъ могутъ искать и отвѣчать въ судѣ, должны быть люди незазорнаго поведенія, честные, правдолюбивые и благоразумные". Оцѣнка этихъ положительныхъ и отрицательныхъ основаній къ допущенію или, наоборотъ, недопущенію къ представительству на судѣ, возлагалась на этотъ самый судъ. „Никто вообще не долженъ быть для сего (представительства) употребляемъ,— говоритъ тотъ-же финляндскій законъ—если его не признаетъ способнымъ къ тому судъ, въ которомъ производится дѣло, и если онъ не получитъ на сіе дозволеніе".

Самая формальность допуска къ судебному представительству выражена въ финляндскомъ правѣ [2]) слѣдующимъ образомъ: „никто не можетъ искать или отвѣчать за другого, прежде чѣмъ онъ хозяиномъ дѣла (af sakägaren) изустно предъ судомъ будетъ къ сему назначенъ, или предъявитъ открытое его письмо объ этомъ, съ печатью. Если довѣритель (hufvuman) самъ писать не можетъ, то довѣренность должна быть укрѣплена двумя свидѣтелями, вѣры достойными" [3]).

Такая свобода адвокатской профессіи въ Финляндіи ближе всего напоминаетъ систему судебнаго представительства, установленную во Франціи въ 1790 году учредительнымъ собраніемъ и уже вновь отмѣненную въ 1800 году. Очевидно, столь широкая свобода права судебнаго представительства не

---

[1]) Относительно Россіи см. ст. 195 Зак. Суд. Гражд. т. X ч. 2 изд. 1857 г., относительно Финляндіи см. §§ 2—3 Общаго Уложенія, отдѣлъ судопроизв., глава 15-ая, и въ другихъ законоположеніяхъ, напр.: въ Церков. Уставѣ 1686 года сент. 3, гл. XIX § 22, ст. 126 Церк. Уложенія 1869 г. и т. д.

[2]) Общее Уложеніе, глава 15-ая, § 4, по переводу Малышева.

[3]) Интересно отмѣтить, что согласно § 6—участвующее въ дѣлѣ лицо можетъ, представивъ довѣренность, имѣть хожденіе и за прочихъ.

можетъ быть признана соотвѣтствующей интересамъ правосудія, несмотря на всю заманчивость, которую представляетъ это ничѣмъ не стѣсненное право выбора себѣ представителя на судѣ. Злоупотребленія при такомъ порядкѣ неизбѣжны, а вмѣстѣ съ тѣмъ совершенно ничтожна гарантія въ томъ, что интересы довѣрителя находятся, дѣйствительно, въ умѣлыхъ и добросовѣстныхъ рукахъ.

Отсюда необходимость подробной и сложной регламентаціи въ законѣ съ одной стороны правъ и обязанностей повѣренныхъ, а съ другой и уголовной ихъ отвѣтственности, въ случаѣ нарушенія этихъ обязанностей или незаконнаго представительства.

Не избѣжало этой обременительной регламентаціи и финляндское законодательство.

„Повѣренный—подтверждаетъ законодатель [1])—обязанъ вести ввѣренное ему дѣло честно и со всевозможнымъ прилежаніемъ и подписывать всѣ бумаги, подаваемыя имъ въ судъ.

Не слѣдуетъ постановлять рѣшенія ни по какой поданной бумагѣ (inlaga), на коей сочинитель ея не подписалъ своего имени, когда окажется, что хозяинъ дѣла не умѣлъ самъ оной сочинить“.

Это, такъ сказать, мѣра предупредительная далѣе-же мы находимъ [2]):

„Когда окажется, что повѣренный склонилъ (retadt) или увлекъ (förledt) кого-либо къ неосновательной тяжбѣ, или велъ противъ убѣжденія своего несправедливое дѣло (orättfärdig sak) или употреблялъ завѣдомо ложь (falskhet), то онъ подвергается штрафу въ 10, 20 и до 100 талеровъ, или наказывается тюремнымъ заключеніемъ, и уже не позволяется ему впредь имѣть хожденіе въ судахъ по чужимъ дѣламъ, все сіе смотря по изслѣдованному судьей свойству преступленья. Если такой повѣренный откажется отъ дѣла до окончанія онаго, дабы тѣмъ избѣжать наказанія, то за всѣмъ тѣмъ долженъ быть наказанъ, какъ выше сказано. Если кто уличенъ будетъ въ томъ, что онъ въ тайнѣ писалъ бумаги по дѣлу и для про-

---

[1]) Тамъ-же § 10.

[2]) Тамъ-же § 14—16.

тивной стороны, или помогалъ ей совѣтомъ и доводами (med skiäl och rad), то онъ подвергается штрафу въ 100 талеровъ или заключенію въ тюрьму на хлѣбъ и воду, и лишается чести (vare ärelös)".

Далѣе предусматриваются случаи неоказанія суду „почтенія и уваженія", которое можетъ выражаться въ посылкѣ въ судъ „вмѣсто законнаго уполномоченнаго"—„малолѣтняго, слугу или другого къ сему неспособнаго человѣка", а также облагается наказаніемъ то лицо, которое „предъ судомъ возьмется за дѣло, въ коемъ онъ ни участникъ, ни повѣренный, ни по должности своей не имѣетъ искать и отвѣчать, ни по закону не имѣетъ на то дозволенія."

Подобная регламентація, неумѣстная при корпоративной организаціи адвокатуры, продолжаетъ, какъ это ни странно слышать, дѣйствовать въ Финляндіи и понынѣ, такъ какъ послѣдовавшій въ 1898 году законъ лишь повысилъ образовательный, а слѣдовательно до нѣкоторой степени и нравственный цензъ для судебныхъ повѣренныхъ, пріобрѣтшихъ исключительное право веденія дѣлъ въ судахъ высшей инстанціи. Между тѣмъ въ Финляндіи, въ виду особой сложности кодификаціонной системы и крайней затруднительности пользованія закономъ, исторически вылившимся въ цѣломъ рядѣ разновременныхъ сепаратныхъ постановленій, разъясняющихъ и дополняющихъ отсталое общее уложеніе 1734 года, адвокатура пріобрѣла огромное значеніе, и можно безъ преувеличенія сказать, что безъ адвоката въ Финляндіи не обойдется ни одна гражданская сдѣлка. Адвокатскія бюро, конкурируя между собою, порождали и порождаютъ въ краѣ огромное количество тяжебныхъ дѣлъ, стоющихъ иногда баснословныхъ денегъ. При такихъ условіяхъ необходима болѣе правильная организація адвокатуры, при которой послѣдняя перестала бы служить бременемъ для народа.

Реформа судебнаго представительства въ Финляндіи тѣмъ болѣе необходима, что указанная выше свобода въ выборѣ себѣ повѣреннаго, также какъ и совершенно частный характеръ адвокатской дѣятельности еще, пожалуй, можетъ находиться въ соотвѣтствіи съ тѣми началами слѣдственнаго и

письменнаго судопроизводства, которыми проникнутъ дореформенный финляндскій процессъ, но съ замѣною этихъ началъ въ судопроизводствѣ, согласно проекту судебной реформы, принципами состязательнаго гражданскаго и обвинительнаго уголовнаго процесса, качества лицъ, являющихся предъ судомъ защитниками подсудимыхъ и тяжущихся, также какъ и пріемы ихъ дѣятельности, должны представляться далеко не безразличными для правильнаго и успѣшнаго отправленія правосудія. Изъ простого повѣреннаго, представителя личности довѣрителя, какимъ является адвокатъ въ нереформированномъ финляндскомъ судѣ, въ новомъ процессѣ онъ долженъ будетъ сдѣлаться однимъ изъ органовъ суда, содѣйствующимъ ему въ раскрытіи истины путемъ правильной защиты правъ своего довѣрителя.

Съ судебною реформою представительство въ судахъ утрачиваетъ свой частный характеръ, а потому и адвокатура должна получить оффиціальное значеніе и соотвѣтствующую организацію. Таковой и является институтъ судебныхъ повѣренныхъ съ его внутреннимъ корпоративнымъ устройствомъ на началахъ самоуправленія.

Очевидно, прусская система оффиціальнаго судебнаго представительства, обоснованная на началахъ бюрократизма и безусловной подчиненности судебнымъ мѣстамъ и должностнымъ лицамъ, не могла привиться въ Финляндіи. Созданные Фридрихомъ II ассистенты, входившіе въ составъ суда, въ качествѣ его членовъ и ведущіе судебную защиту подобно тому, какъ нотаріусы составляютъ и свидѣтельствуютъ акты, давно уже отжили свое время.

Сами пруссаки вскорѣ замѣнили своихъ ассистентовъ комиссарами юстиціи, а въ концѣ сороковыхъ годовъ прошлаго столѣтія—стряпчими (Rechtsanwälte); въ настоящее-же время, какъ извѣстно, дѣйствующій нынѣ общеимперскій законъ (Rechtsanwaltsordnung vom 1 juli 1878), построенный на новыхъ принципахъ судопроизводства, создалъ во всей Германіи сословное устройство адвокатуры, первотипомъ котораго является „l'ordre des avocats" во Франціи [1]).

[1]) Décret du 14 Dec. 1810, art. 1 et 9.

Финляндское законодательство, а за нимъ и проектъ организанціи судебныхъ повѣренныхъ и ихъ обществъ, самымъ рѣшительнымъ образомъ отвергаютъ старопрусскій принципъ бюрократическаго строя, судебнаго представительства:

„Повѣреннымъ—говоритъ финляндскій проектъ [1]) не можетъ быть тотъ, кто, въ качествѣ судьи или служащаго въ судѣ, или у губернатора, или въ другой высшей инстанціи по производству взысканій, по должности принималъ участіе въ веденіи того же дѣла, кто прежде по тому же дѣлу былъ повѣреннымъ противной стороны, или тотъ, чей отецъ, тесть, сынъ, братъ или шуринъ засѣдаетъ въ судѣ въ качествѣ судьи. Равнымъ образомъ, члены суда не могутъ принимать на себя веденія дѣла въ томъ-же судѣ или въ судебномъ мѣстѣ, подчиненномъ сему суду. Прочіе чиновники не могутъ быть повѣренными въ тѣхъ случаяхъ, когда это не согласуется съ ихъ долгомъ службы“.

По примѣру большинства западно-европейскихъ законодательствъ, а также и нашего русскаго, составители финляндскаго проекта положили въ основу организаціи въ Великомъ Княжествѣ оффиціальной адвокатуры французскую систему корпоративнаго устройства судебныхъ повѣренныхъ на началахъ внутренняго самоуправленія, какъ это уже было указано выше.

По французскому законодательству всѣ адвокаты, внесенные въ списокъ каждаго апелляціоннаго суда первой инстанціи, составляютъ особую корпорацію, избирающую изъ своей среды (если число ея членовъ не менѣе двадцати) дисциплинарный совѣтъ (conseil de discipline) и особаго старшину корпораціи (bâtonnier de l'ordre) [2]).

По тому же типу организована адвокатура въ Италіи и Бельгіи, по дѣйствующему-же германскому закону всѣ повѣренные округа каждаго оберлангерихта образуютъ, такъ на-

---

[1]) См. Проектъ Высочайшаго постановленія о судебныхъ повѣренныхъ и ихъ обществахъ, 1904 г., § 1, а также общее уложеніе гл. 15-ая § 3.

[2]) Ordonance du 20 Novembre 1822, art. 10; décret du 22—27 Mars 1852, art. 1, décret imperiale du 10—25 Mars 1870, art. 1 et 2.

зываемую, Advokatenkammer; эта корпорація избираетъ изъ своей среды совѣтъ, функціи котораго близки къ французскому conseil de discipline, но дисциплинарныя производства объ адвокатахъ вѣдаютъ особые суды чести (Ehrengericht) [1]. Ближе къ германскому стоитъ въ этомъ вопросѣ австрійское законодательство, по которому адвокаты также составляютъ Advokatenkammer'ы, избирающія изъ своей среды совѣтъ для управленія дѣлами корпораціи, причемъ дисциплинарная власть принадлежитъ съ 1872 года особому дисциплинарному совѣту (Disciplinarrath) [2]. Наконецъ, укажемъ также устройство и нашихъ присяжныхъ повѣренныхъ съ ихъ совѣтомъ, совмѣщающимъ распорядительную и дисциплинарную власть.

Обращаясь затѣмъ къ проекту постановленія о судебныхъ повѣренныхъ и ихъ обществахъ въ Финляндіи, находимъ, что „въ судебномъ департаментѣ сената, а также въ гофгерихтахъ, повѣренными по гражданскимъ и уголовнымъ дѣламъ могутъ быть *только лица, состоящія членами обществъ судебныхъ повѣренныхъ*“ [3].

„Каждое общество избираетъ изъ своей среды правленіе, именуемое *совѣтомъ судебныхъ повѣренныхъ*“, которому принадлежитъ и дисциплинарная власть [4]).

Во избѣжаніе чрезмѣрнаго стѣсненія сторонъ въ избраніи повѣренныхъ, въ проектѣ исключительное право веденія судебныхъ дѣлъ ограничено только высшими судебными мѣстами: гофгерихтами и судебнымъ департаментомъ Сената, компетенція которыхъ настолько серьезна, что требуетъ особой гарантіи правильности ихъ судебныхъ рѣшеній [5]. От-

---

[1]) Rehtsanwaltsordnung vom 1 juli 1878.

[2]) Die osterreichische Advocatenordnung vom 6 juli 1868.

[3]) См. § 2 и 7.

[4]) См. § 8—10 и § 1 и 9 проекта спеціальныхъ правилъ объ обществахъ судебныхъ повѣренныхъ.

[5]) Компетенція этихъ судебныхъ мѣстъ слагается изъ слѣдующихъ дѣлъ: а) *Гофгерихта:*

1) въ порядкѣ апелляціоннаго производства (vade-instans)—дѣла гражданскія, рѣшенныя лагманскимъ судомъ въ качествѣ первой инстанціи;

2) въ порядкѣ кассаціоннаго производства (revision)—нѣкоторыя граждан-

части такая гарантія достигается соотвѣтствующимъ устройствомъ этихъ судебныхъ установленій, повышеніемъ ценза для членовъ гофгерихта и строгимъ проведеніемъ въ судопроизводствѣ (по проекту) принциповъ гласности, устности, состязанія сторонъ, а также и соотвѣтствующей организаціей судебнаго представительства.

Очевидно, исключительное допущеніе для веденія дѣлъ въ гофгерихтахъ судебныхъ повѣренныхъ, получившихъ высшее

скія дѣла и тѣ изъ уголовныхъ дѣлъ, которыя были разсмотрѣны въ лагманскомъ судѣ, какъ во второй (vade-instans) инстанціи, и

3) въ порядкѣ частнаго обжалованія опредѣленій и постановленій низшихъ судебныхъ учрежденій, а также распоряженій и постановленій оберъ-экзекутора и другихъ высшихъ административныхъ лицъ (въ порядкѣ административнаго производства).

Независимо отъ того, гофгерихту, въ качествѣ первой инстанціи, подвѣдомственны болѣе важныя государственныя и служебныя преступленія, и на него возложено попеченіе, въ порядкѣ надзора, о дѣятельности низшихъ судовъ.

По дѣйствующему въ Финляндіи законоположенію компетенція гофгерихта почти таже самая, но по проекту гофгерихтъ, сверхъ того является послѣдней инстанціей для дѣлъ гражданскихъ подсудныхъ гражданскому суду, и для дѣлъ уголовныхъ, разсмотрѣнныхъ въ лагманскомъ судѣ, какъ во второй инстанціи, и апеляціонной инстанціей для гражданскихъ дѣлъ, рѣшенныхъ въ лагманскомъ судѣ, какъ въ первой инстанціи.

б) Что-же касается высшаго въ Финляндіи судилища, которымъ по проекту является судебный департаментъ, то компетенція его слагается изъ слѣдующихъ дѣлъ:

1) изъ гражданскихъ дѣлъ, поступающихъ въ кассаціонномъ (revision) порядкѣ и предварительно разсмотрѣнныхъ, какъ въ первой инстанціи, въ лагманскомъ судѣ и, какъ во второй инстанціи, въ гофгерихтѣ;

2) изъ уголовныхъ дѣлъ, рѣшенныхъ въ качествѣ первой инстанціи лагманскимъ судомъ или гофгерихтомъ, а также въ нѣкоторыхъ случаяхъ и въ городскомъ судѣ, исключительно по правовымъ вопросамъ;

3) изъ дѣлъ, въ порядкѣ частнаго обжалованія на опредѣленія гофгерихтовъ, и, наконецъ,

4) изъ дѣлъ по жалобамъ на рѣшенія межевого суда, а также по жалобамъ на распоряженія губернаторовъ и другихъ административныхъ лицъ и учрежденій, которыя по дѣйствующему законодательству подлежатъ вѣдѣнію судебнаго департамента финляцскаго сената. По проекту къ компетенціи высшаго судебнаго учрежденія отнесены также уголовныя дѣла переносимыя въ него изъ высшаго военнаго суда. Сверхъ того на судебный департаментъ возложенъ по проекту и высшій надзоръ за всѣми судебными установленіями въ странѣ, наблюденіе за единообразнымъ примѣненіемъ и толкованіемъ законовъ, и, наконецъ, всѣ дѣла, касающіяся вообще судебнаго вѣдомства въ княжествѣ.

юридическое образованіе и составляющихъ особую самоуправляющуюся корпорацію, представляется достаточнымъ ручательствомъ, что судебными представителями въ этихъ судахъ явятся наиболѣе опытные юристы, отвѣтственные къ тому-же въ этическомъ отношеніи передъ всѣмъ своимъ сословіемъ. Еще важнѣе значеніе судебнаго департамента сената, какъ высшаго въ странѣ судилища, дающаго руководящія указанія всѣмъ прочимъ судамъ. Необходимость участія въ судебной дѣятельности (по дѣйствующему въ Финляндіи законодательству этотъ департаментъ представляетъ и высшее административное учрежденіе по вѣдомству юстиціи) этого высшаго судебнаго мѣста наиболѣе компетентныхъ юристовъ, даже въ качествѣ представителей сторонъ, внѣ всякаго сомнѣнія. Въ нѣкоторыхъ законодательствахъ, напримѣръ во французскомъ, право давать словесныя объясненія предъ кассаціоннымъ судомъ принадлежитъ даже не всѣмъ адвокатамъ высшаго разряда (avocats), а только тѣмъ изъ нихъ, которые внесены въ особые списки адвокатовъ, состоящихъ при государственномъ совѣтѣ и кассаціонномъ судѣ (avocats au conseil d'Etat et á la cour de cassation).

Создавъ такимъ образомъ особую сословную корпорацію оффиціальныхъ судебныхъ повѣренныхъ, финляндскій законопроектъ, не рѣшился, однако, слишкомъ стѣснять свободу адвокатской профессіи, какъ въ интересахъ публичныхъ, такъ и въ интересахъ частныхъ лицъ. Въ Германіи и Австро-Венгріи, напримѣръ, гдѣ законодатель исключительно руководился соображеніями удобства суда и надлежащаго контроля за адвокатурой, существуетъ лишь одно сословіе адвокатовъ, за которымъ монополизирована вся совокупность правъ судебнаго представительства. Мало того, по германскому праву не только лица, не принадлежащія къ сословію адвокатовъ, не могутъ быть повѣренными по судебныхъ дѣламъ, но въ гражданскихъ дѣлахъ, подсудныхъ земскому (Landgericht), высшему земскому (Oberlandgericht) и имперскому судамъ, сами стороны не могутъ выступать въ судѣ лично, а обязаны избирать себѣ адвоката.

Финляндскій законопроектъ, на ряду съ высшей—оффи-

ціальной адвокатурой, сохранилъ свободу частной адвокатской профессіи для дѣлъ низшей подсудности, создавъ, такимъ образомъ, двойственную систему; но система эта, однако, далеко не представляетъ того раздѣленія труда, по судебному представительству и по защитѣ тяжущихся между двумя классами адвокатскаго сословія (собственно адвокатами и стряпчими), которое существуетъ въ нѣкоторыхъ западно-европейскихъ государствахъ. Во Франціи и Бельгіи, напримѣръ, адвокатскій трудъ подѣленъ между avocats и avoués; въ Италіи различаются avvocati и procuratori, въ Англіи—barristers (или serjeants at law) и solicitors (attorneys proctors). Дѣятельность адвокатовъ состоитъ въ подачѣ юридическихъ совѣтовъ или изложеніи письменныхъ заключеній, главнымъ-же образомъ—въ устной защитѣ сторонъ на судѣ (droit de plaider). Занятія-же стряпчихъ сводятся къ праву представительства сторонъ на судѣ, собиранію для нихъ разныхъ справокъ, подачѣ необходимыхъ судебныхъ бумагъ, къ выполненію всѣхъ, вообще, обрядовъ, необходимыхъ для подготовки дѣла къ устному состязанію (droit de postuler), къ предъявленію суду требованій или притязаній тяжущейся стороны (droit de conclure) и приведенію рѣшенія въ исполненіе.

Составители финляндскаго проекта о судебномъ представительствѣ, не раздѣляя труда между оффиціальными и частными адвокатами, попросту отмежевали каждой изъ этой категоріи отдѣльную область судебныхъ дѣлъ, по признаку ихъ подсудности, предоставивъ въ этихъ рамкахъ каждой категоріи всю совокупность правъ и обязанностей судебнаго повѣреннаго.

При этомъ, однако, права оффиціальныхъ адвокатовъ расширены въ томъ отношеніи, что они пользуются, по званію членовъ обществъ судебныхъ повѣренныхъ, правомъ безъ особаго разрѣшенія суда, принимать на себя веденіе дѣлъ также въ низшихъ и другихъ судахъ [1]).

Такимъ образомъ, проектированная въ Финляндіи система судебнаго представительства чрезвычайно близка дѣйствующей

[1]) Проектъ постановленія о судеб. повѣренныхъ и ихъ обществахъ §§ 1—3.

у насъ и допускающей на ряду съ присяжными повѣренными, имѣющими корпоративное устройство, частную адвокатуру въ лицѣ частныхъ повѣренныхъ, лишенныхъ сословной организаціи.

III.

Указавъ основныя начала судебнаго представительства въ Финляндіи по проекту 1904 года, обратимся къ болѣе детальному разсмотрѣнію организаціи оффиціальной Финляндской адвокатуры, т. е. судебныхъ повѣренныхъ, составляющихъ особыя самоуправляющіяся общества.

Въ число членовъ обществъ судебныхъ повѣренныхъ— гласитъ Финляндскій законопроектъ [1])—„принимаются только лица, ведущія добропорядочную жизнь и выдержавшія установленныя для занятія судейскихъ должностей испытанія, если притомъ они пріобрѣли необходимую опытность по судопроизводству, занимаясь въ судѣ по крайней мѣрѣ въ теченіе одного года, или состоя помощниками судебныхъ повѣренныхъ или же инымъ образомъ".

Слѣдовательно *положительными* условіями пріобрѣтенія званія члена общества судебныхъ повѣренныхъ, условіями, представляющими вѣрное ручательство нравственности, знанія, честности убѣжденій, и строгаго выбора соотвѣтствующихъ этому званію лицъ, являются: 1) нравственный цензъ, 2) высшее юридическое образованіе [2]) 3) обладаніе практической опытностью, пріобрѣтаемой: а) службою въ судѣ въ теченіе одного года или б) состояніемъ помощникомъ судебнаго повѣреннаго или-же в) инымъ образомъ.

По сравненію съ нашимъ законодательствомъ особенное вниманіе обращаетъ кратковременность практическаго стажа; по мнѣнію нѣкоторыхъ членовъ комиссіи, учрежденной для

---

[1]) Тамъ же § 6.

[2]) Въ Финляндіи установлено два рода испытаній въ юридическомъ образованіи: 1) особый судейскій (domare) экзаменъ и 2) юридическій (rätts) экзаменъ при университетѣ.

пересмотра нашихъ судебныхъ уставовъ въ 1894 году [1]), „дѣятельность присяжныхъ повѣренныхъ, которымъ ввѣряются весьма важные интересы подсудимыхъ и тяжущихся, вполнѣ самостоятельна, а потому совершенныя ими упущенія въ большинствѣ случаевъ никѣмъ исправлены быть не могутъ и неизбѣжно причиняютъ ихъ довѣрителямъ болѣе или менѣе значительный вредъ", вслѣдствіе чего эти члены комиссіи признавали недостаточнымъ даже трехлѣтній стажъ.

Въ частности Финляндскій законопроектъ совершенно не регламентируетъ института помощниковъ судебныхъ повѣренныхъ и порядка прохожденія ими стажа. Очевидно, благодаря свободѣ адвокатской профессіи въ судахъ низшей инстанціи, состоящіе при членахъ общества судебныхъ повѣренныхъ помощники могутъ подъ руководствомъ этихъ послѣднихъ заниматься адвокатской дѣятельностью и пріобрѣтать необходимую опытность до тѣхъ поръ, пока совѣтъ судебныхъ повѣренныхъ не признаетъ ихъ достаточно подготовленными. При такихъ условіяхъ и не представляется никакой надобности въ законодательной регламентаціи и въ учрежденіи особаго института помощниковъ судебныхъ повѣренныхъ.

Опредѣляя возможность пріобрѣтенія званія члена общества судебныхъ повѣренныхъ также „инымъ образомъ", финляндскій законопроектъ тѣмъ самымъ предоставляетъ совѣту право входить въ оцѣнку и другихъ основаній къ допущенію въ свою корпорацію новыхъ членовъ, напримѣръ, профессоровъ и преподавателей кафедры юридическихъ наукъ и, вообще, научныхъ дѣятелей юриспруденціи, лицъ, состоящихъ въ должностяхъ, учрежденныхъ въ составѣ разныхъ административныхъ вѣдомствъ для веденія судебныхъ дѣлъ, связанныхъ съ интересами этихъ вѣдомствъ (стряпчихъ, юрисконсультовъ) и т. д.

Относительно-же *отрицательныхъ* условій, лишающихъ возможности быть членами обществъ судебныхъ повѣренныхъ, слѣдуетъ замѣтить, что въ Финляндскомъ законопроектѣ пере-

---

[1]) См. объяснит. записка, т. III.

числены лишь *общія* условія, препятствующія вообще быть повѣреннымъ на судѣ. Никакихъ *особенныхъ*, относящихся исключительно до членовъ обществъ судебныхъ повѣренныхъ, условій Финляндскій законопроектъ не знаетъ, предоставляя самой корпораціи, въ цѣляхъ способствованія развитію адвокатуры и поддержанія уваженія къ сословію, дѣлать выборъ своихъ членовъ, при чемъ лицамъ, удовлетворяющимъ указаннымъ выше положительнымъ условіямъ „не должно быть отказываемо въ ходатайствѣ безъ *особо* уважительныхъ причинъ“ [1]).

Общія-же условія, лишающія права судебнаго представительства, указаны слѣдующія:

1) опороченность поведенія,

2) неспособность къ этому дѣлу,

3) состояніе надъ опекою другого лица.

Не могутъ быть судебными представителями:

4) судья, служащій въ судѣ, у губернатора или вообще въ высшей инстанціи по производству взысканій, если они принимали участіе въ веденіи того-же дѣла,

5) повѣренный противной стороны по тому-же дѣлу, еслибы даже онъ пересталъ быть таковымъ,

6) отецъ, тесть, сынъ, зять, братъ или шуринъ судьи въ томъ-же судѣ,

7) члены суда въ томъ-же судѣ или въ судебномъ мѣстѣ, подчиненномъ сему суду

8) чиновники, когда это не согласуется съ ихъ долгомъ службы [2]).

Финляндскій законопроектъ, считая „опороченность поведенія“ препятствіемъ къ допущенію въ качествѣ судебнаго повѣреннаго, вовсе не указываетъ объема содержанія этого опредѣленія, но, безспорно, эта „опороченность поведенія“ должна быть установлена компетентною властью, т. е. судомъ. Другими словами надо полагать, что для признанія этого условія требуется наличность обвинительнаго приговора

---

[1]) Проектъ постанов. о суд. повѣренныхъ и ихъ обществахъ § 8.

[2]) Тамъ-же, § 1.

суда или состояніе подъ судомъ по преступленію, влекущему праволишеніе [1]). А потому въ данномъ случаѣ, какъ намъ кажется, вполнѣ примѣнимы и общія постановленія закона о давности или примиреніи.

Равнымъ образомъ составители проекта не указываютъ, что разумѣть подъ словами „на это дѣло способныя". Сопоставляя это опредѣленіе съ находящимся въ общемъ уложеніи [2]) и запрещающимъ вмѣсто законнаго уполномоченнаго посылать въ судъ „малолѣтнихъ (öfvermaga), несовершеннолѣтнихъ, слугу или другаго къ сему дѣлу неспособнаго человѣка", слѣдуетъ прійти къ заключенію, что подъ словами „неспособный" надо понимать не только физическую неспособность, но и правовую, въ смыслѣ не полной правоспособности.

Условія, перечисленныя въ пунктахъ 4—8, указываютъ случаи несовмѣстимости обязанностей судебнаго повѣреннаго съ служебнымъ положеніемъ лица, принимающаго на себя эту обязанность, а также отношенія родства, лишающія права судебнаго представительства въ частныхъ случаяхъ. Условія эти установлены, главнымъ образомъ, въ интересахъ гарантированія судейскаго безпристрастія и устраненія возможности коллизіи служебныхъ обязанностей должностнаго лица съ его обязанностями, какъ судебнаго повѣреннаго, а также въ интересахъ обезпеченія независимости судебныхъ повѣренныхъ и полнаго отдѣленія суда отъ администраціи.

Что касается несовмстиѣтельства, то въ общемъ уложеніи и другихъ финляндскихъ законахъ разбросано нѣсколько указаній относительно лицъ, которымъ воспрещено хожденіе по чужимъ дѣламъ; такъ, напр., пасторамъ [3]) по дѣламъ, не касающимся ихъ личнаго или церковнаго имущества. Вообще же финляндскій законопроектъ проникнутъ очевидною тенденціей

---

[1]) Понятіе „опороченность поведенія" болѣе опредѣленно объяснено въ законѣ по вопросу объ отбываніи воинской повинности; въ законѣ перечислены всѣ тѣ преступленія, совершеніе которыхъ опорочиваютъ поведеніе.

[2]) Глава 15-ая § 15.

[3]) Церков. уставъ 1861 г., сент. 3, гл. XIX § 22 и ст. 126 церков. улож. 1869 г. (Сб. П. Ф. № 27).

возможно менѣе стѣснять свободу судебнаго представительства, а потому широко допускаетъ совмѣщеніе адвокатскихъ обязанностей съ частной службой и съ частными занятіями, не ставитъ никакихъ ограниченій въ отношеніи вѣроисповѣданія судебныхъ представителей, а тѣмъ болѣе не устанавливаетъ по этическимъ соображеніямъ какихъ либо стѣсненій судебныхъ повѣренныхъ въ веденіи дѣлъ противъ своихъ родственниковъ и близкихъ людей.

Финляндское законодательство, въ цѣляхъ большей свободы судебнаго представительства, дѣлаетъ даже изъятія изъ правила объ исключительномъ правѣ членовъ обществъ судебныхъ повѣренныхъ представительствовать въ гофгерихтахъ и судебномъ департаментѣ сената, а именно, предоставляетъ лицамъ, выдержавшимъ установленное для членовъ обществъ судебныхъ повѣренныхъ испытаніе, право быть судебными повѣренными своихъ родственниковъ до племянниковъ включительно, хотя бы они не состояли членами означенныхъ обществъ.

Что касается вопроса о дозволеніи женщинамъ заниматься адвокатурою, то въ финляндскомъ законопроектѣ, въ противуположность русскому законодательству (ст. 406^{16} учр. суд. уст.), не имѣется никакихъ въ этомъ отношеніи ограниченій, а потому вопросъ этотъ долженъ разрѣшаться въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ надлежащими судебными установленіями на основаніи общихъ постановленій закона, указаній практики и требованій жизни. Въ Россіи, какъ извѣстно [1]), воспрещеніе женщинамъ заниматься частной адвокатурой не имѣетъ спеціальнаго значенія, ограниченіе это имѣетъ въ своемъ основаніи общую государственную мѣру, которою опредѣленъ кругъ полезной для государства и общества дѣятельности лицъ женскаго пола (акушерская, фельдшерская, воспитательная дѣятельность, дѣятельность сестеръ милосердія, телеграфистокъ, по счетной части и въ нѣкоторыхъ канцеляріяхъ). Въ Финляндіи не только не существуетъ подобныхъ ограниченій, а напротивъ того, права обществен-

[1]) Собр. узак. 1871 г. № 15 сб. 152, 1876 г. № 12 сб. 158.

ной дѣятельности женщинъ въ этой странѣ годъ отъ году расширяются на столько, что на сеймѣ 1904 г. возбужденъ былъ даже вопросъ о предоставленіи женщинамъ политическихъ правъ[1]); вотъ почему отсутствіе въ финляндскомъ законопроектѣ ограниченія права женщинъ быть судебными повѣренными представляется вполнѣ послѣдовательнымъ.

Обратимся теперь къ разсмотрѣнію постановленій, опредѣляющихъ права и обязанности судебныхъ повѣренныхъ въ Финляндіи.

Финляндскій законопроектъ не предоставляетъ какихъ либо преимуществъ членамъ обществъ судебныхъ повѣренныхъ. Права и обязанности послѣднихъ вполнѣ совпадаютъ съ таковыми же всѣхъ прочихъ лицъ, могущихъ быть судебными представителями и сводятся къ слѣдующему:

1) право судебныхъ повѣренныхъ на вознагражденіе за трудъ по установленной таксѣ, сверхъ возмѣщенія понесенныхъ по дѣлу расходовъ;

2) право судебнаго повѣреннаго удержать у себя выданныя ему судебные акты въ обезпеченіе слѣдуемаго гонорара;

3) право обращаться къ суду для опредѣленія размѣра вознагражденія въ случаяхъ отсутствія соглашенія съ довѣрителемъ;

4) обязанность безвозмездной, по назначенію суда, защиты обвиняемыхъ въ тяжкихъ преступленіяхъ лицъ, пользующихся правомъ бѣдности;

5) обязанность ограничиваться въ своихъ дѣйствіяхъ лишь предѣлами довѣренности;

6) воспрещеніе отказа отъ веденія дѣла, начатаго уже имъ въ судѣ;

7) обязанность возмѣщенія убытковъ, причиненныхъ довѣрителю по его, повѣреннаго, упущенію;

---

[1]) Вопросъ этотъ, надо полагать, будетъ разрѣшенъ въ положительномъ смыслѣ нынѣ на сеймѣ, вырабатывающемъ проектъ государственнаго устройства Финляндіи на началахъ, возвѣщенныхъ въ Манифестѣ $\frac{\text{22 октября}}{\text{4 ноября}}$ 1905 г.

8) отвѣтственность по суду за неправильныя и недобросовѣстныя дѣйствія [1]).

Въ частности, права и обязанности, указанныя въ п.п. 3 и 8 только нѣсколько расширены для членовъ обществъ судебныхъ повѣренныхъ, а именно въ томъ, что при несогласіи ихъ съ довѣрителями въ отношеніи размѣра вознагражденія, а также въ случаяхъ нарушенія кѣмъ-либо изъ нихъ своихъ обязанностей, они подлежатъ сужденію совѣта судебныхъ повѣренныхъ, но въ первомъ, однако, случаѣ право передачи спора на разсмотрѣніе суда или совѣта предоставлено только усмотрѣнію довѣрителя [2]).

Такимъ образомъ, единственнымъ преимуществомъ членовъ обществъ судебныхъ повѣренныхъ является ихъ право прибѣгать въ надлежащихъ случаяхъ къ защитѣ суда своихъ товарищей.

Не останавливаясь далѣе на правахъ и обязанностяхъ судебныхъ повѣренныхъ, отмѣтимъ особенность финляндскаго законодательства въ отношеніи, такъ сказать, объема этихъ правъ и обязанностей въ уголовномъ процессѣ.

Особенность эта заключается въ томъ, что въ уголовномъ процессѣ судебнымъ повѣреннымъ поручена лишь формальная часть защиты, которая поэтому и отдѣлена отъ матеріальной. Статья 1-ая общаго уложенія (глава 15) о судопроизводствѣ говоритъ: „въ уголовномъ дѣлѣ обвиняемый долженъ отвѣчать самъ. Если онъ желаетъ имѣть *помощь въ процессѣ* (irättegongen), то дозволяется ему повѣреннаго брать съ собою. Въ такомъ случаѣ и мужъ можетъ оказывать помощь женѣ и опекунъ несовершеннолѣтнихъ“.

Изъ этого правила законъ дѣлаетъ, однако, исключеніе для мелкихъ уголовныхъ дѣлъ, влекущихъ только денежный штрафъ (за исключеніемъ, впрочемъ, кражи); въ этихъ дѣлахъ обвиняемый можетъ отвѣчать черезъ повѣреннаго.

Въ вопросѣ объ отдѣленіи формальной защиты отъ мате-

---

[1]) Общее уложеніе гл. 15, §§ 4, 6—8, 10, 11, 13—16, и проектъ постановленія о судебныхъ повѣренныхъ и ихъ обществахъ 1904 г. §§ 4, 5, 9, 10.

[2]) §§ 5, 9, 10 упомянутаго проекта.

ріальной, безспорно, сказался унаслѣдованный отъ инквизиціоннаго процесса взглядъ на обвиняемаго, какъ на объектъ судебнаго изслѣдованія; какихъ либо другихъ основаній для подобнаго раздѣленія защиты въ современномъ процессѣ найти трудно, тѣмъ болѣе, что практически оно и не легко осуществимо, если принять во вниманіе, что оцѣнка факта съ юридической стороны, опредѣленія всѣхъ фактическихъ элементовъ состава преступленія для правильной его квалификаціи и примѣненія нормы матеріальнаго права врядъ ли можетъ быть рѣзко отдѣлена отъ той „помощи въ процессѣ", которую законъ предоставляетъ судебному повѣренному.

VI.

Раньше чѣмъ перейти къ разсмотрѣнію самой организаціи института судебныхъ повѣренныхъ въ Финляндіи, напомнимъ взглядъ высказанный коммисіей по пересмотру нашихъ судебныхъ уставовъ, учрежденной въ 1894 году [1]), по вопросу о корпоративномъ устройствѣ частныхъ повѣренныхъ.

„На судебныхъ повѣренныхъ возлагаются весьма важныя обязанности по защитѣ правъ ихъ довѣрителей, и добросовѣстное и умѣлое исполненіе этихъ обязанностей можетъ быть въ должной мѣрѣ обезпечено сословнымъ устройствомъ повѣренныхъ лишь въ томъ случаѣ, когда ихъ общественное самоуправленіе основывается на вполнѣ опредѣлившихся и притомъ достаточно высокихъ по своему внутреннему достоинству понятіяхъ сословной чести и профессіональнаго долга. Если опытъ сословнаго устройства присяжной адвокатуры далъ въ общемъ благопріятные результаты, то не слѣдуетъ забывать, что среду присяжныхъ повѣренныхъ составляютъ лица, подвергшіяся просвѣтительному вліянію высшаго образованія и прошедшія сверхъ того болѣе или менѣе продолжительную школу судебной практики, и что ни одно изъ

[1]) Объяснительная записка къ проекту новой редакціи учрежден. судебн. установл., т. III, 1900 г.

этихъ условій не предоставляется обязательнымъ для пріобрѣтенія званія частнаго повѣреннаго. Званіе это присваивается лицамъ самаго различнаго образованія, различныхъ общественныхъ положеній и занятій, различныхъ взглядовъ на дѣятельность судебныхъ повѣренныхъ,—причемъ болѣе распространеннымъ является, однако, взглядъ на эту дѣятельность какъ на частный промыселъ, а не какъ на исполненіе общественнаго долга,—и потому едва-ли можно предполагать, чтобы тотъ уровень нравственныхъ воззрѣній и профессіональныхъ понятій, который установился-бы среди этихъ лицъ, въ случаѣ корпоративнаго ихъ устройства могъ обезпечивать въ достаточной степени существенные интересы правосудія". Приходя далѣе къ выводу, что организація частныхъ повѣренныхъ въ качествѣ самостоятельнаго сословія представляется мѣрою весьма опасною, коммисія признавала вмѣстѣ съ тѣмъ непосредственный и бдительный надзоръ правительственной власти необходимымъ условіемъ самаго существованія частныхъ повѣренныхъ.

Это сужденіе коммисіи вполнѣ примѣнимо и къ судебному представительству въ Финляндіи. При этомъ, однако, надо имѣть въ виду, что частная адвокатура въ Финляндіи занимаетъ первое мѣсто, а институтъ оффиціальныхъ судебныхъ повѣренныхъ, нынѣ лишь организуемый на корпоративныхъ началахъ, будетъ являться какъ-бы исключеніемъ изъ общаго правила.

Частная адвокатура въ Финляндіи не имѣетъ сословнаго устройства, и непосредственный надзоръ за ея дѣятельностью осуществляется судомъ, которому принадлежитъ право разрѣшать или не разрѣшать каждому данному лицу хожденіе по дѣламъ вообще или веденіе каждаго отдѣльнаго дѣла. Что же касается оффиціальной адвокатуры, т. е. обществъ судебныхъ повѣренныхъ — то ихъ внутренняя организація опредѣлена въ разсматриваемомъ нами финляндскомъ законопроектѣ слѣдующимъ образомъ:

„Общества судебныхъ повѣренныхъ—говоритъ ст. 6-ая, имѣютъ цѣлью надзирать за дѣятельностью повѣренныхъ и споспѣшествовать развитію адвокатуры.

Общества судебныхъ повѣренныхъ должны находиться: одно въ Гельсингфорсѣ и по одному въ тѣхъ городахъ, гдѣ имѣется гофгерихтъ. Въ другихъ мѣстахъ также могутъ быть образованы подобныя общества при наличности достаточнаго числа повѣренныхъ, удовлетворяющихъ" условіямъ принятія ихъ въ члены корпораціи.

„Каждое общество—значится въ слѣдующей статьѣ—избираетъ изъ своей среды правленіе, именуемое совѣтомъ судебныхъ повѣренныхъ".

„Лица, избранныя членами совѣта судебныхъ повѣренныхъ, выбираютъ изъ своей среды предсѣдателя, вице-предсѣдателя, казначея и секретаря; занятія между этими лицами распредѣляются по усмотрѣнію совѣта [1])".

„Дѣла общества судебныхъ повѣренныхъ вѣдаются частью членами онаго на общихъ собраніяхъ, частью-же совѣтомъ судебныхъ повѣренныхъ [2])".

„Надзоръ за дѣятельностью обществъ судебныхъ повѣренныхъ возлагается на гофгерихты; каждое общество подчиняется тому гофгериху, въ округѣ котораго оно находится [3])".

Разрѣшеніе образовать общество судебныхъ повѣренныхъ предоставлено Сенату [4]).

Такимъ образомъ территоріальные предѣлы каждаго общества первоначально будутъ совпадать съ округомъ того гофгерихта, при которомъ это общество открылось. Но проектъ допускаетъ возможность и дальнѣйшаго дробленія обществъ на болѣе мелкія самоуправляющіяся единицы, при условіи достаточнаго для того числа членовъ. При этомъ, однако, въ законопроектѣ нѣтъ точнаго указанія минимальнаго числа членовъ каждаго отдѣльнаго общества.

Утверждая основныя начала сословнаго устройства судебныхъ повѣренныхъ, составители финляндскаго законо-

---

[1]) Ст. 7-ая проекта спеціальныхъ правилъ объ обществахъ судебныхъ повѣренныхъ.

[2]) Тамъ-же § 1.

[3]) § 11 Проекта постановленія о судебныхъ повѣренныхъ и ихъ обществахъ.

[4]) Спец. прав. § 12.

проекта имѣли въ виду, какъ видно изъ изложеннаго, установить соотвѣтствующій надзоръ за дѣятельностью судебныхъ повѣренныхъ и содѣйствовать развитію адвокатуры.

При созданіи присяжной адвокатуры у насъ въ виду имѣлась тождественная же цѣль, а именно, какъ выразился Государственный Совѣтъ: „установить надъ сими повѣренными такой надзоръ, который, не лишая ихъ необходимой для защиты ихъ довѣрителей самостоятельности, вмѣстѣ съ тѣмъ, съ одной стороны, способствовалъ бы скорому и дѣйствительному огражденію частныхъ лицъ отъ стѣсненій повѣренныхъ, а съ другой, служилъ-бы средствомъ къ водворенію и поддержанію между ними самими чувства правды, чести и сознанія нравственной отвѣтственности передъ правительствомъ и обществомъ“ [1]).

По финляндскому законопроекту ближайшій надзоръ возлагается на совѣтъ общества судебныхъ повѣренныхъ; ему— между прочимъ, поручается „тщательный надзоръ за тѣмъ, чтобы члены общества въ своей дѣятельности, въ качествѣ судебныхъ повѣренныхъ, добросовѣстно исполняли свои обязанности и избѣгали всего, что несовмѣстно съ должнымъ порядкомъ и подрываетъ уваженіе къ этому сословію“ [2]), т. е., другими словами, на совѣтъ возлагается надзоръ за профессіональной дѣятельностью судебныхъ повѣренныхъ при условіи сословной связи всѣхъ членовъ общества судебныхъ повѣренныхъ и круговой отвѣтственности сословія передъ правительствомъ и обществомъ за каждаго его члена. Въ виду изложеннаго совѣту принадлежитъ право дисциплинарнаго суда надъ членами корпораціи и карательная власть; ему-же предоставлено исключительное право пріема новыхъ членовъ корпораціи.

„Въ случаѣ нарушенія кѣмъ-либо изъ членовъ общества своихъ обязанностей (по званію судебнаго повѣреннаго)— гласитъ финляндскій законопроектъ [3])—совѣту судебныхъ по-

---

[1]) Журн. Соед. Деп. 1862 г. № 65, стр. 339 и 340.
[2]) § 9 Проекта пост. о суд. повѣр.
[3]) § 9—Проекта постав. о суд. повѣр.

вѣренныхъ предоставляется, по выслушаніи провинившагося объявить ему предостереженіе или же исключить его изъ общества на срокъ до двухъ лѣтъ или навсегда".

„Совѣтъ судебныхъ повѣренныхъ—значится тамъ-же [1])—разсматриваетъ прошенія о принятіи въ члены общества".

Кромѣ этихъ главнѣйшихъ функцій совѣтъ по финляндскому проекту несетъ слѣдующія обязанности:

1) рѣшаетъ по ходатайству довѣрителей споры, возникающіе между ними и членами общества относительно вознагражденія [2]).

2) извѣщаетъ гофгерихтъ о лицахъ, избранныхъ въ предсѣдатели и члены совѣта;

3) ведетъ списки членовъ общества и сообщаетъ о происшедшихъ въ немъ измѣненіяхъ въ гофгерихтъ и въ прочіе общества судебныхъ повѣренныхъ,

4) завѣдываетъ хозяйственными дѣлами общества;

5) исполняетъ всѣ законныя постановленія общества (общаго собранія);

6) составляетъ годовой отчетъ о дѣятельности общества [3]).

Во всѣхъ западно-европейскихъ законодательствахъ, установившихъ сословную организацію адвокатуры, функціи совѣта приблизительно тѣ-же самыя.

Дѣйствительно, Французскій conseil de discipline управляетъ дѣлами корпораціи, разрѣшаетъ вопросы о внесеніи лицъ, прошедшихъ опредѣленный стажъ, въ списокъ адвокатовъ, наблюдаетъ за сохраненіемъ чести и интересовъ сословія и подвергаетъ установленнымъ дисциплинарнымъ взысканіямъ адвокатовъ въ случаяхъ совершенія ими какого-либо проступка или правонарушенія. Французское законодательство признаетъ воспитательное значеніе дисциплинарныхъ совѣтовъ и потому предписываетъ имъ поддерживать чувства преданности государству и конституціоннымъ учрежденіямъ, равно какъ и

---

[1]) Тамъ же § 8.

[2]) — § 10.

[3]) Проектъ спеціальн. правилъ § 9.

принципы умѣренности, безкорыстія и честности, на которыхъ основывается достоинство званія адвоката [1]).

Къ функціямъ Германскаго совѣта Advocatenkammer относится: наблюденіе за исполненіемъ членами корпораціи ихъ обязанностей и примѣненіемъ къ нимъ дисциплинарныхъ взысканій; разрѣшеніе споровъ между членами корпораціи по ихъ просьбѣ, разрѣшеніе споровъ между адвокатомъ и его довѣрителемъ по просьбѣ послѣдняго; доставленіе заключеній, которыя могутъ быть потребованы Министерствомъ Юстиціи или судомъ, разбирающимъ споры между адвокатомъ и его довѣрителемъ и, наконецъ, управленіе имуществомъ корпораціи и представленіе ей ежегодныхъ отчетовъ о такомъ управленіи. Дисциплинарныя-же производства объ адвокатахъ, какъ уже было указано выше, вѣдаются особымъ судомъ чести (Ehrengericht), состоящимъ изъ трехъ членовъ изъ состава совѣта, его предсѣдателя и замѣстителя послѣдняго [2]).

Въ Австріи совѣту также ввѣряется надзоръ за членами корпораціи и управленіе ея дѣлами, дисциплинарная же власть принадлежитъ также особому дисциплинарному совѣту (Disciplinarrath) [3]).

Раньше чѣмъ разсматривать болѣе подробно функціи совѣта финляндскихъ судебныхъ повѣренныхъ, укажемъ въ общихъ чертахъ его составъ.

Какъ уже было упомянуто финляндскій законопроектъ не устанавливаетъ минимальнаго числа членовъ, необходимаго для составленія особаго общества, а также не требуетъ, чтобы число членовъ совѣта было соразмѣрно числу подвѣдомыхъ ему судебныхъ повѣренныхъ. Ст. 4-ая законопроекта [4]) указываетъ лишь, чтобы число членовъ совѣта было не менѣе пяти и не болѣе семи, а сверхъ того, чтобы къ нимъ было избираемо необходимое число кандидатовъ, а

---

[1]) Ordonnance du 20 Novembre 1822, atr. 12—15.

[2]) Rechtsanwaltsordnung vom 1 Juli 1878 §§ 41—67.

[3]) Die österreichische Advokatenordnung vom 6 juli 1868 и законъ 1 апрѣля 1872 г.

[4]) § 4. Спеціальныхъ правилъ.

также два ревизора для повѣрки счетовъ общества за текущій годъ.

Выборы производятся на годовомъ общемъ собраніи въ декабрѣ мѣсяцѣ; срокъ полномочія членовъ совѣта годичный, что можетъ представить существенное неудобство, если въ члены совѣта будутъ избираемы каждый разъ новыя лица, такъ какъ годичный срокъ слишкомъ непродолжителенъ для того, чтобы члены совѣта могли основательно ознакомиться съ пріемами дѣлопроизводства, а также съ обычаями и воззрѣніями сословія. Составители проекта, очевидно, имѣли въ виду, что въ члены совѣта преимущественно будутъ избираться лица, раньше уже исполнявшія эти обязанности; чтобы ограничить возможность отказа со стороны этихъ послѣднихъ финляндскій проектъ устанавливаетъ, что судебные повѣренные, избранные въ члены совѣта или ревизоры, не могутъ отказаться отъ этихъ должностей, если они не занимали однородной должности въ теченіе ближайшихъ трехъ лѣтъ. Слѣдовало бы, впрочемъ, эти постановленія дополнить въ томъ, что при ежегодныхъ выборахъ возобновленію подлежитъ лишь половина его состава, и чтобы такимъ образомъ часть совѣта всегда оставалась уже опытная въ дѣлопроизводствѣ совѣта и знакомая съ установившимися въ немъ традиціями.

Хотя въ финляндскомъ законопроектѣ и не указанъ порядокъ обжалованія выборовъ членовъ въ совѣтъ, но такой пропускъ восполняется общимъ постановленіемъ о порядкѣ обжалованія „дѣйствій общества или его правленія, которыя, по мнѣнію жалобщика, противорѣчатъ цѣлямъ общества, или заключаютъ въ себѣ превышеніе власти“. Порядокъ этотъ слѣдующій: каждому члену общества предоставляется въ такомъ случаѣ право подать въ соотвѣтствующій гофгерихтъ въ тридцатидневный срокъ письменную жалобу. „Въ случаѣ признанія жалобы основательною, гофгерихтъ принимаетъ мѣры къ исправленію нарушеннаго“.

V.

Разсмотримъ теперь болѣе подробно права и обязанности совѣтовъ обществъ судебныхъ повѣренныхъ въ Финляндіи съ тѣмъ, чтобы выяснить какъ предѣлы компетенціи этихъ совѣтовъ, такъ и порядокъ ихъ дѣятельности, а также устанавливаемыя законопроектомъ гарантіи правильности и законности постановленій совѣтовъ.

Въ сущности предметы вѣдомства совѣтовъ судебныхъ повѣренныхъ сводятся къ тремъ группамъ: 1) принятіе въ число членовъ общества, 2) надзоръ за дѣятельностью членовъ обществъ и завѣдываніе ихъ общественными дѣлами и 3) дисциплинарная власть надъ членами обществъ.

Первая изъ названныхъ функцій одна изъ важнѣйшихъ, такъ какъ, благодаря ей, совѣтъ общества фактически осуществляетъ надзоръ за составомъ обществъ, и такимъ образомъ пріобрѣтаетъ возможность вліять на общій нравственный уровень всей корпораціи, а также допускать въ ея составъ лишь тѣхъ лицъ, которыя по своимъ воззрѣніямъ, взглядамъ и дѣятельности будутъ соотвѣтствовать установившимся традиціямъ и убѣжденіямъ большинства членовъ совѣта. Безспорно при такомъ условіи вполнѣ возможна нѣкоторая тенденціозность въ подборѣ членовъ корпораціи, возможны всякаго рода коллизіи партійныхъ политическихъ интересовъ, особенно обостренныхъ въ странахъ съ конституціоннымъ образомъ правленія. Французское законодательство, какъ было уже выше указано, даже вмѣняетъ совѣту въ обязанность подобную политическую, въ интересахъ государственныхъ, дѣятельность.

Вотъ почему вопросъ о принятіи членовъ общества обставленъ финляндскимъ законопроектомъ чрезвычайными условіями и мѣропріятіями, гарантирующими съ одной стороны— интересы частныхъ лицъ, заявляющихъ желаніе вступить въ корпорацію, а съ другой—интересы самой корпораціи.

Желающій поступить въ члены общества долженъ подать о томъ письменное прошеніе въ совѣтъ судебныхъ повѣренныхъ. Если совѣтъ уважитъ такое ходатайство, то проси-

тель немедленно вносится въ списокъ членовъ общества [1]). Совѣтъ судебныхъ повѣренныхъ разсматриваетъ прошеніе о принятіи въ члены общества, причемъ лицамъ, удовлетворяющимъ законнымъ для сего условіямъ, *не должно бытъ отказываемо въ ходатайствѣ безъ особо уважительныхъ причинъ*. При наличности повода къ отказу въ ходатайствѣ, дѣло передается на рѣшеніе общаго собранія [2]).

Такимъ образомъ дѣло переходитъ на разсмотрѣніе общаго собранія въ силу самаго закона помимо жалобы лица, заявившаго желаніе вступить въ корпорацію, а не въ порядкѣ аппеляціи къ общему собранію со стороны послѣдняго.

Общее собраніе разрѣшаетъ вопросъ о принятіи или непринятіи даннаго лица въ число членовъ простымъ голосованіемъ, причемъ при равенствѣ голосовъ вопросъ рѣшается жеребьемъ. Этому послѣднему способу законопроектъ придаетъ исключительное значеніе безпристрастія, такъ какъ во всѣхъ другихъ случаяхъ при равенствѣ голосовъ вступаетъ въ силу мнѣніе, поддержанное предсѣдателемъ, за исключеніемъ, впрочемъ, вопроса о наложеніи на члена общества дисциплинарнаго взысканія, который въ такомъ случаѣ разрѣшается на общемъ основаніи въ смыслѣ наиболѣе благопріятномъ для виновнаго [3]).

Рѣшеніе общаго собранія судебныхъ повѣренныхъ даннаго общества также не имѣетъ еще окончательнаго значенія. Забаллотированное лицо можетъ еще аппелировать въ тотъ гофгерихтъ, при которомъ состоитъ общество, его забаллотировавшее, для чего въ этотъ судъ имъ приносится, согласно указанному выше общему порядку [4]), въ тридцатидневный срокъ письменная жалоба на отказъ въ пріемѣ въ члены общества. Такимъ образомъ только рѣшеніе гофгерихта почитается уже окончательнымъ.

Права и обязанности совѣтовъ обществъ судебныхъ по-

---

[1]) § 10 проекта спеціальныхъ правилъ.

[2]) § 8 проекта постановленія о судебныхъ повѣренныхъ.

[3]) § 11 проекта спеціальныхъ правилъ.

[4]) § 11 проекта постановленія.

вѣренныхъ въ Финляндіи по надзору за своими членами и по управленію ихъ общественными дѣлами уже были нами указаны выше; но эти права и обязанности принадлежатъ не исключительно совѣтамъ, а также и общимъ собраніямъ, высшій же надзоръ за дѣятельностью обществъ судебныхъ повѣренныхъ принадлежитъ гофгерихтамъ.

Въ финляндскомъ законопроектѣ нѣтъ ближайшихъ указаній, въ чемъ именно долженъ проявляться надзоръ совѣтовъ, кромѣ общаго указанія, что на совѣтъ возлагается надзоръ за тѣмъ, чтобы члены общества въ своей дѣятельности, въ качествѣ судебныхъ повѣренныхъ, *добросовѣстно исполняли свои обязанности* и избѣгали всего, что не совмѣстно съ *должнымъ порядкомъ* и подрываетъ уваженіе къ этому сословію [1]). Здѣсь кстати будетъ разобрать—имѣютъ ли совѣты право устанавливать особыя правила для дѣятельности судебныхъ повѣренныхъ и внутренняго распорядка въ этомъ сословіи. Вопросъ этотъ разрѣшается слѣдующимъ образомъ. „Ближайшія правила объ организаціи и дѣятельности судебныхъ повѣренныхъ—говоритъ § 12 проекта постановленій о судебныхъ повѣренныхъ—равно какъ и общая такса вознагражденія судебныхъ повѣренныхъ а, въ случаѣ необходимости, спеціальныя таксы членовъ отдѣльныхъ обществъ, издаются въ административномъ порядкѣ“.

„Общее собраніе разрѣшаетъ вопросы“ касающіеся принятія или измѣненія устава общества, а также иныя касающіяся общества дѣла, переданныя на рѣшеніе или заключеніе общества судебнымъ мѣстомъ, совѣтомъ судебныхъ повѣренныхъ или отдѣльнымъ членомъ общества [2])“.

„Сенату предоставляется утверждать уставы обществъ, а также издавать особыя таксы для членовъ отдѣльныхъ обществъ“.

Такимъ образомъ, совѣту не предоставлено права издавать какія либо правила, относящіяся до внутренняго распорядка судебныхъ повѣренныхъ, хотя бы онѣ касались нравствен-

[1]) § 9 проекта постановленія.
[2]) § 5 Проекта спец. прав.

ныхъ обязанностей въ кругѣ судебной дѣятельности повѣренныхъ, насколько эти правила, впрочемъ, не служатъ разъясненіемъ уже утвержденнаго устава.

Раздѣляя функціи по надзору за судебными повѣренными и управленіе ихъ дѣлами съ общимъ собраніемъ, совѣтъ общества судебныхъ повѣренныхъ въ Финляндіи представляется, по выраженію законопроекта, „*правленіемъ*" общества [1]), которое во всѣхъ важнѣйшихъ случаяхъ обязано созывать общее собраніе членовъ общества [2]), руководствуясь или собственнымъ своимъ усмотрѣніемъ („когда признаетъ это необходимымъ") или требованіемъ не менѣе трети всѣхъ членовъ общества. Поэтому необходимо разсмотрѣть также права и обязанности общихъ собраній.

Компетенція общаго собранія сводится къ слѣдующему:

1. Выборъ членовъ совѣта, кандидатовъ къ нимъ и ревизоровъ для повѣрки счетовъ общества за отчетный годъ (§ 4 спец. прав.);

2. Разрѣшеніе вопросовъ, касающихся сборовъ въ пользу кассы общества;

3. Завѣдываніе средствами общества и расходованіе ихъ;

4. Составленіе проекта таксы, принятіе или измѣненіе устава общества;

5. Разрѣшеніе всѣхъ вопросовъ, переданныхъ на обсужденіе, рѣшеніе или заключеніе общества судебными мѣстами, совѣтомъ судебныхъ повѣренныхъ или отдѣльнымъ членомъ общества (§ 5 спец. прав.). Связь между общимъ собраніемъ и совѣтомъ выражается въ томъ, что на общихъ собраніяхъ преніями руководитъ предсѣдатель совѣта, а въ случаѣ отвода или отсутствія его, кто либо изъ членовъ по выбору собранія.

Для рѣшенія всѣхъ наиболѣе важныхъ вопросовъ требуется присутствіе по крайней мѣрѣ половины всѣхъ членовъ общества. Рѣшенія объ отсутствующихъ членахъ могутъ быть постановлены общимъ собраніемъ лишь въ такомъ случаѣ, если число присутствующихъ не менѣе пяти [3]).

---

[1]) § 7 Проекта постанов. о суд. повѣр.

[2]) §§ 2 и 3 Проекта спец. прав.

[3]) Проектъ спец. прав. § 6.

Исполнительнымъ органомъ общаго собранія является совѣтъ общества, обязанный исполнять „всѣ законныя постановленія“ общества [1]). Въ проектѣ не имѣется указаній о порядкѣ приведенія совѣтомъ въ исполненіе рѣшеній общаго собранія; имѣется лишь частное указаніе, что рѣшеніе самого совѣта по вопросу о вознагражденіи повѣренныхъ, въ случаѣ заявленнаго о томъ спора, приводятся въ исполненіе съ соблюденіемъ правилъ устава о взысканіяхъ гражданскихъ относительно рѣшеній третейскаго суда [2]).

Итакъ совѣтъ общества судебныхъ повѣренныхъ является одновременно распорядительнымъ и исполнительнымъ органомъ общества. Ему же принадлежитъ и карательная дисциплинарная власть.

Въ предѣлахъ дисциплинарной власти совѣтъ по финляндскому законодательству имѣетъ право налагать слѣдующія взысканія: 1) объявлять предостереженія и 2) исключать изъ общества на срокъ до двухъ лѣтъ или навсегда.

Особенное вниманіе въ этой системѣ взысканій обращаетъ крайняя ограниченность видовъ взысканій и отсутствіе въ ней какой либо постепенности; дѣйствительно отъ предостереженія система сразу переходитъ къ срочному или постоянному исключенію изъ корпораціи. Совершенно другой системы придерживается большинство европейскихъ законодательствъ. Послужившее преимущественно образцомъ для нихъ французское законодательство устанавливаетъ слѣдующія взысканія: 1) предостереженіе (l'avertissement), 2) выговоръ (la reprimande), 3) запрещеніе практики (l'interdiction temporaire) и 4) исключеніе (la radiation du tableau) [3]), создавая, такимъ образомъ, цѣлую лѣстницу взысканій. Всѣ онѣ имѣютъ моральный характеръ, но тѣмъ не менѣе исключеніе изъ корпораціи, какъ сопряженное съ весьма тяжелыми послѣдствіями для исключаемаго, послѣдствіями не только нравственными, но и матеріальными,

---

[1]) п. 4 § 9 Проекта постан. о суд. повѣр.

[2]) Тамъ же § 10.

[3]) Ordonnance du 20 Novembre 1822, art. 16, 18 et 43.

является по французской системѣ строжайшимъ и, какъ таковое, должно имѣть очень ограниченное примѣненіе. Финляндское же законодательство устанавливаетъ исключеніе изъ общества основнымъ и единственнымъ взысканіемъ, различая въ немъ лишь три степени: предупрежденіе объ исключеніи, срочное исключеніе и полное исключеніе изъ корпораціи навсегда. Подобная система можетъ быть объяснена тѣмъ, что исключеніе изъ корпораціи не препятствуетъ исключенному заниматься практикой въ качествѣ частнаго адвоката, но разумѣется съ надлежащаго разрѣшенія на то со стороны суда; однако, объ исключеніи даннаго лица изъ общества поставляются въ извѣстность всѣ судебныя установленія той мѣстности, гдѣ находится общество и всѣ прочія общества судебныхъ повѣренныхъ, вслѣдствіе чего исключеніе изъ общества на практикѣ будетъ имѣть въ маленькой Финляндіи значеніе безусловнаго запрещенія адвокатской практики, такъ какъ лицо, подвергшееся подобному строгому осужденію цѣлой корпораціи, врядъ ли можетъ расчитывать на довѣріе къ нему въ общей массѣ населенія и, такимъ образомъ, фактически останется безъ кліентовъ. Въ виду строгости карательной системы, финляндское законодательство обставляетъ дисциплинарное производство широкими гарантіями безпристрастія, допуская обжалованіе рѣшенія совѣта въ гофгерихтъ.

Слѣдуетъ отмѣтить, что финляндскій законопроектъ не упоминаетъ о проступкахъ, совершенныхъ членами обществъ судебныхъ повѣренныхъ во время судебнаго засѣданія (délits d'audience) и не создаетъ для такихъ проступковъ, въ противность французскому законодательству, спеціальныя постановленія и подсудность тому присутствію суда, которымъ былъ обнаруженъ этотъ проступокъ. Французскій законъ къ такимъ проступкамъ относитъ всякое нарушеніе адвокатомъ въ его словесныхъ объясненіяхъ суду или поданныхъ имъ бумагахъ должнаго уваженія къ религіи, къ законамъ и установленнымъ властямъ, причемъ указанное выше присутствіе суда можетъ въ теченіе того же судебнаго засѣданія приговорить виновнаго къ одному изъ взысканій, предоставленныхъ власти дисциплинарныхъ адвокатскихъ совѣтовъ.

Однако, на ряду съ постановленіемъ о дисциплинарномъ судѣ совѣта общества судебныхъ повѣренныхъ, финляндское законодательство, какъ уже было указано во 2-ой главѣ настоящаго очерка, съ давнихъ поръ установило общую отвѣтственность по суду всѣхъ вообще судебныхъ повѣренныхъ, не исключая, слѣдовательно, и членовъ обществъ судебныхъ повѣренныхъ, за нѣкоторые спеціально въ законѣ установленные проступки и преступленія, въ томъ числѣ и за неоказаніе „почтенія и уваженія“ суду.

Что касается вопроса о правѣ обжалованія опредѣленій совѣта о наложеніи дисциплинарнаго взысканія, то такое право предоставлено по финляндскому законопроекту исключительно лицамъ, подвергшимся таковымъ взысканіямъ. Жалобщикъ, по сообщеніи ему постановленія совѣта, имѣетъ право въ тридцатидневный срокъ подать письменную жалобу въ подлежащій гофгерихтъ, и, въ случаѣ признанія жалобы основательной, гофгерихтъ принимаетъ мѣры къ исправленію нарушеннаго [1]). О порядкѣ разсмотрѣнія подобныхъ жалобъ въ гофгерихтахъ, а также о допустимости кассаціоннаго обжалованія рѣшеній послѣднихъ, въ законопроектѣ никакихъ указаній не имѣется; отсюда слѣдуетъ, что къ дисциплинарнымъ производствамъ о судебныхъ повѣренныхъ, перенесеннымъ въ гофгерихтъ по жалобамъ на опредѣленія совѣтовъ, должны быть примѣняемы общія законоположенія судопроизводства въ этихъ судебныхъ установленіяхъ.

Такова компетенція совѣта судебныхъ повѣренныхъ по финляндскому законопроекту. Надзоръ же за дѣятельностью совѣтовъ судебныхъ повѣренныхъ установленъ троякій: во первыхъ—надзоръ *общаго собранія*, законныя требованія котораго обязательны для совѣта и которое избираетъ членовъ совѣта и путемъ забаллотировки нежелательныхъ ему членовъ можетъ поддерживать свой нравственный авторитетъ. Кромѣ того въ нѣкоторыхъ случаяхъ, какъ, напримѣръ,—въ случаяхъ отказа совѣта принять въ члены общества, рѣшеніе этого вопроса предоставляется общему собранію; во всѣхъ же про-

---

[1]) Проектъ постан. о суд. повѣр.

чихъ случаяхъ достаточно заявленія одной трети членовъ, чтобы по любому вопросу собрать общее собраніе членовъ общества. Такимъ образомъ общее собраніе не стѣснено фактически въ возможности осуществлять свой надзоръ за дѣятельностью совѣта. Во вторыхъ—въ отношеніи контроля за хозяйственной дѣятельностью совѣта, финляндскій законопроектъ создаетъ особый надзоръ въ лицѣ двухъ, избираемыхъ общимъ собраніемъ *ревизоровъ* для повѣрки счетовъ общества за текущій годъ [1]). Наконецъ, въ третьихъ, и главнымъ образомъ—совѣты въ отношеніи надзора подчинены соотвѣтствующимъ *гофгерихтамъ*, который представляется, съ одной стороны, какъ бы апелляціонной инстанціей, разсматривающей всѣ жалобы на дѣйствія совѣта [2]), съ другой же стороны—инстанціей, контролирующей дѣятельность совѣта, такъ какъ этотъ послѣдній обязанъ ежегодно представлять въ гофгерихтъ отчетъ о своей дѣятельности за истекшій годъ.

Никакой особой дисциплинарной отвѣтственности членовъ совѣта за нарушенія ими своихъ спеціальныхъ обязаннстей—не установлено. Принимая же во вниманіе, что члены совѣта повѣренныхъ исполняютъ возложенныя на нихъ обязанности по своему званію судебнаго повѣреннаго, слѣдуетъ прійти къ заключенію, что и за нарушенія ими обязанностей членовъ совѣта они должны подлежать общей отвѣтственности, установленной для всѣхъ прочихъ членовъ обществъ судебныхъ повѣренныхъ.

Такова въ общихъ чертахъ проектируемая организація судебнаго представительства въ Финляндіи. Создаваемый въ этой странѣ институтъ оффиціальной адвокатуры, какъ видно изъ вышеизложеннаго, сохраняя типичныя черты подобныхъ же институтовъ всѣхъ почти прочихъ европейскихъ законодательствъ, весьма близокъ также къ институту нашихъ присяжныхъ повѣренныхъ, отъ котораго онъ отличается только

[1]) Проектъ постановл. о суд. пов. § 4.
[2]) Тамъ же § 11.
[2]) Проектъ спец. правилъ § 9.

нѣкоторыми своеобразными особенностями, вызываемыми разницей въ правопорядкѣ, существующемъ въ княжествѣ и имперіи.

Существованіе въ Финляндіи наряду съ оффиціальными судебными повѣренными и частной адвокатуры еще болѣе сближаетъ въ этомъ отношеніи русское и финляндское законодательство, но институтъ частнаго судебнаго представительства по финляндскому праву поставленъ гораздо шире чѣмъ у насъ.

Главная разница въ основномъ принципѣ судебнаго представительства.

Въ то время какъ у насъ, въ интересахъ надзора за адвокатурой, законодательство старается ограничить право судебнаго представительства, и, такъ сказать, создать сословную монополію, финляндскій законъ, напротивъ того, устанавливаетъ основнымъ принципомъ полную свободу судебнаго представительства, допуская лишь ограниченія этого принципа въ интересахъ процессуальныхъ, въ интересахъ болѣе совершеннаго судопроизводства.

Въ этомъ коренномъ различіи отразилась, по нашему мнѣнію, не только разница въ правосознаніи финскаго и русскаго народа, но и разница въ государственномъ правопорядкѣ княжества и имперіи.

А. Тавастшерна.

СУЕВѢРІЕ И УГОЛОВНОЕ ПРАВО.

Изслѣдованіе по исторіи русскаго права и культуры.

Нѣсколько лѣтъ тому назадъ я написалъ книгу подъ заглавіемъ „Суевѣріе и уголовное право“. Я интересовался этимъ вопросомъ исключительно, какъ практическій юристъ, который желалъ выяснить, насколько суевѣріе имѣетъ значеніе въ настоящее время, какъ источникъ преступленія и средство обмана. Тема оказалась крайне обширной, и жизнь ежедневно давала мнѣ новые факты. Этотъ послѣдній матеріалъ я обработалъ и изложилъ въ небольшой статьѣ „Суевѣріе и преступленіе“, которая появилась на страницѣ нѣмецкаго журнала „Zeitschrift fur Socialwissenschaft“. Однако и послѣ этого работу мою нельзя было считать законченной. До сихъ поръ я изслѣдовалъ только живое суевѣріе народа, которое служило канвою безчисленныхъ процессовъ. Но помимо этого мнѣ казалось чрезвычайно заманчивымъ разсмотрѣть данный вопросъ съ исторической точки зрѣнія. Поэтому я рѣшился погрузиться въ глубь временъ и выяснить отношеніе законодательства къ вопросу о суевѣріи въ разные періоды исторіи. Тема эта не малая, потомучто подъ словомъ суевѣріе я понимаю не только колдовство, но и тѣ безчисленныя фактическія и логическія ошибки, которыя основаны на на-

---

[1]) Авторъ считаетъ своимъ долгомъ принести искреннюю благодарность профессору Харьковскаго университета А. С. Лебедеву за его многочисленныя и цѣнныя указанія.

родныхъ воззрѣніяхъ и обычаяхъ. Если въ первой работѣ я старался выяснить практическія послѣдствія суевѣрія простого народа, то въ настоящей мнѣ придется остановиться на томъ, что̀ законодатель считалъ и называлъ суевѣріемъ. А такъ какъ положенія, изложенныя въ юридическихъ памятникахъ прежняго времени, вполнѣ гармонировали съ воззрѣніями народныхъ массъ, то мы будемъ говорить не только о суевѣріи народа, но и о суевѣріи самого законодателя.

Опредѣливъ мою тему, не могу не сказать два слова о ходѣ моей работы. Предметомъ моего постояннаго изученія является дѣйствующее право, знаніе котораго для юриста-практика необходимо; поэтому оно же было исходной точкой настоящей работы. Собранные факты и законоположенія изложены мною въ хронологическомъ порядкѣ; но изслѣдованіе шло обратнымъ путемъ. Я началъ съ положительнаго права XIX вѣка и постепенно приближался къ сѣдой старинѣ.

Главную часть настоящаго изслѣдованія составитъ, конечно, исторія русскаго права, жизни и быта. Поэтому я подробно остановился на законодательныхъ памятникахъ XVI, XVII и XVIII вѣковъ, а въ особенности на Стоглавѣ, который чрезвычайно богатъ бытовыми картинами. Но я долженъ былъ изложить постановленія нѣкоторыхъ вселенскихъ соборовъ, тѣсно связанныхъ со всѣмъ нашимъ церковнымъ законодательствомъ, а также коснуться исторіи права народовъ древняго міра, чтобы уяснить себѣ происхожденіе нѣкоторыхъ формъ суевѣрія и найти ключъ къ исторіи уголовнаго законодательства о чародѣйствѣ. Вопроса о колдовствѣ въ Западной Европѣ я касаюсь лишь вскользь, такъ какъ онъ имѣетъ богатую литературу, основанную на обширныхъ архивныхъ изслѣдованіяхъ, которую нельзя изложить въ небольшой статьѣ. Но я не могъ обойти молчаніемъ исторіи нашихъ западныхъ сосѣдей, потомучто германскіе процессы о вѣдьмахъ являются полной противоположностью тому, что творилось у насъ. Знаніе же этихъ законовъ не лишено интереса для правильной оцѣнки нашего законодательства въ особенности въ XVIII вѣкѣ.

Для исторіи суевѣрія мнѣ казалось особенно полезнымъ собрать не только законы, но и старые процессы. Такимъ путемъ мы можемъ ознакомиться съ практикой судовъ по данному вопросу, а съ другой стороны судебные приговоры во многихъ отношеніяхъ восполнятъ неясность и неполноту законовъ, которые, быть можетъ, не дошли къ намъ во всей своей полнотѣ. Въ главѣ, посвященной изложенію отдѣльныхъ новеллъ, я расположилъ ихъ въ хронологическомъ порядкѣ, желая установить ихъ историческое преемство. Въ главѣ же процессовъ я разбилъ отдѣльные факты по предметамъ, такъ какъ мнѣ хотѣлось подробнѣе выяснить отдѣльныя формы суевѣрія, которыя могутъ встрѣтиться и теперь.

I. Иностранныя законодательства.

а) Древняя исторія.

Въ Египтѣ [1]) колдовство само по себѣ не считалось наказуемымъ дѣяніемъ, ибо законъ дѣлалъ различіе между чародѣйствомъ полезнымъ и вреднымъ. Заговоры отъ дикихъ звѣрей, бури, грозы, болѣзней и т. п. были сильно распространены и упоминаются во многихъ дошедшихъ до насъ памятникахъ. Даже мертвому клали въ гробъ заговоры и амулеты, которые могли ему пригодиться въ загробной жизни. Чары, служившія человѣку не только для огражденія отъ враговъ, но и для личной его пользы, творились постоянно и не были запрещены закономъ. Если-же колдовство было направлено во вредъ ближнимъ, то оно подлежало наказанію какъ каждое дѣяніе, запрещенное закономъ. При фараонѣ Рамзесѣ III былъ открытъ заговоръ въ его гаремѣ. Слѣдствіемъ по этому дѣлу было установлено, что главноуправляющій царскими стадами и имѣніями похитилъ волшебную книгу изъ библіотеки фараона и воспользовался най-

---

[1]) Oefele. Strafrechtliches aus dem alten orient. Gross Archiv fur Kriminalistik. IX. S. 291.

денными тамъ указаніями, чтобы творить вредныя чары. Его служащіе изготовляли фигурки изъ воска, читали надъ ними разныя заклинанія и затѣмъ прятали ихъ во дворцѣ, надѣясь распространить такимъ путемъ моръ и болѣзни. За подобное злодѣяніе виновный былъ подвергнутъ казни. Очень сильно была распространена вѣра въ силу любовныхъ эликсировъ. Но законъ относился къ этому преступленію весьма строго и каралъ даже женщинъ, виновныхъ въ подобномъ чародѣйствѣ, палочными ударами по ногамъ (бастопада).

У древнихъ евреевъ [1]) вопросъ о колдовствѣ разрѣшался иначе. Какъ монотеисты, они вѣрили, что Іегова былъ богомъ грознымъ и всемогущимъ. Поэтому они признавали невозможнымъ принудить его къ исполненію желанія путемъ людской просьбы или заклинанія. Только первосвященники по его приказанію могли творить чудеса, какъ Моисей предъ Фараономъ. Отсюда вытекало, что для частнаго лица чародѣйство именемъ единаго Бога было невозможно, а колдовство при помощи языческихъ божествъ считалось отпаденіемъ отъ Іеговы и запрещалось, какъ оскорбленіе его имени. Такимъ образомъ чародѣйство превратилось въ преступленіе противъ религіи, которое наказывалось крайне сурово, независимо отъ того, были ли произведены чары во вредъ или на пользу частныхъ лицъ. Поэтому мы находимъ въ пятикнижіи Моисея слѣдующія постановленія (книга V глава 18 ст. 10—12, книга III, гл. 20, ст. 27) „Не долженъ быть найденъ въ домѣ твоемъ человѣкъ, который позволяетъ своей дочери или сыну проходить черезъ огонь, или колдунъ, гадающій по числу или по птичьему граю“, „или заклинатель, или предсказатель будущаго, или толкователь примѣтъ, или вызывающій мертвыхъ“, „ибо кто въ этомъ виновенъ, тотъ Господу противенъ“ и „долженъ быть побитъ камнями“. Однако, несмотря на эти суровыя запреты и кары и не взирая на то, что гоненія противъ колдуновъ и вѣдьмъ временами усиливались, они не переводились среди народа

---

[1]) Soldan, Die Hexenprocesse. Neu bearbeitet von Heppe. 1880. S. 25. Oefele. l. c.

израильскаго. Священное писаніе сохранило намъ немало подобныхъ фактовъ, напримѣръ: Іосифъ толкуетъ сны фараону, а Саулъ вызываетъ у Эдорской волшебницы тѣнь Самуила и узнаетъ отъ нея о своей близкой кончинѣ. Въ добавокъ ко всему этому евреи принесли изъ вавилонскаго плѣна демонологію, которую они въ послѣдствіи передали христіанскимъ народамъ, благодаря тому обстоятельству, что въ Римѣ временъ Имперіи и въ средніе вѣка еврейскіе чародѣи пользовались особымъ уваженіемъ.

Въ Греціи колдовство было сильно развито, хотя, повидимому, не подлежало наказанію [1]). Вѣрили въ существованіе вѣдьмъ, которыя обладали способностью превратить человѣка при помощи мази въ птицу, свинью, осла или иное животное; а кромѣ того греки приписывали вѣдьмамъ способность ночью летать по воздуху къ своимъ возлюбленнымъ. Это повѣрье напоминаетъ намъ шабашъ вѣдьмъ, который такъ часто упоминается въ нѣмецкимъ процессахъ XV и XVI вѣка. Почему то греки считали, что Ѳессалія [2]) является классической страной колдовства. Греки вѣрили также въ существованіе вампировъ, которые высасываютъ кровь у сонныхъ людей и тянутъ ихъ за собою въ могилу. Чтобы помѣшать упырю бродить по свѣту, греки развѣшивали въ гробницахъ маски, которыя должны были запугать мертвеца и заставить его снова лечь въ гробъ [3]).

Относительно древняго Рима у насъ имѣются болѣе подробныя свѣдѣнія.

Въ эпоху республики были очень распространены, между прочимъ, слѣдующія суевѣрія: 1) человѣка можно убить путемъ чаръ. Для этой цѣли гравировали портретъ ненавистнаго лица на свинцовой пластинкѣ или лѣпили его фигуру изъ воска, а затѣмъ прокалывали это изображеніе булавкой или растапливали восковую фигуру; 2) при помощи чаръ возможно насылать болѣзни и лечить таковыя; 3) возможна порча чело-

---

[1]) Soldan, Hexenprocesse. S. 35.

[2]) Тамъ же, Müller. Hexenglaube und Hexenprocesse in Deutschland. S. 11.

[3]) Художественныя сокровища Россіи. 1901 г., № 2, стр. 17.

вѣка путемъ дурного глаза или усиленныхъ похвалъ; 4) существуютъ талисманы и напитки для пріобрѣтенія любви; 5) убивъ ребенка во чревѣ матери и вырѣзавъ его сердце, можно пріобрѣсти способность летать по воздуху; 6) возможно собирать тучи и вызывать бури, ливни и градъ; 7) чужой урожай можно перетягивать на свою ниву путемъ залома или закрутки; 8) судьбу свою можно узнавать по звѣздамъ или отъ мертвыхъ, вызываемыхъ изъ могилъ; 9) существуютъ женщины (strigae, lamiae), могущія летать и проникать въ дома, чтобы пить кровь сонныхъ и 10) есть на свѣтѣ оборотни, т. е. люди, имѣющіе способность превращаться въ разныхъ животныхъ, кошекъ, волковъ и т. д.

Эти суевѣрія отразились въ законѣ. Общаго опредѣленія чародѣйства, какъ спеціальнаго преступленія, дано не было, но правительство запретило отдѣльные его виды, которые считало необходимыми. Эти новеллы относятся частью къ карательнымъ, частью къ полицейскимъ законамъ. Къ числу первыхъ относится законъ „12 таблицъ", который подъ страхомъ наказанія запретилъ перетягивать плоды чужихъ полей на свои (alienos fructos excantare, alienam segetem pellicere) [1]. Затѣмъ къ этой же группѣ принадлежитъ Lex Cornelia de sicariis et veneficis [2]), которая карала смертью за убійство путемъ отравленія или чаръ. По словамъ Марціана первоначальное наказаніе за это дѣяніе состояло въ депортаціи и конфискаціи имущества; впослѣдствіи практика установила для низшихъ классовъ населенія смерть отъ дикихъ звѣрей (ad bestias damnare), а ссылка на дальніе острова была удержана для лицъ изъ привиллегированныхъ сословій.

Не ограничившись этими двумя законами, правительство республики неоднократно принимало мѣры противъ обманщиковъ, которые изъ корыстныхъ цѣлей морочили суевѣрный народъ.

---

[1]) Этотъ законъ напоминаетъ намъ русское суевѣріе о закруткахъ на поляхъ.

[2]) Inst. IV, tit XVIII. 5. Eadem lege venefici capite damnantur, qui artibus odiosis tam venenis quam susurris magicis homines occiderint, vel mala medicamenta publice vendiderint.

Наконецъ, во многихъ провинціяхъ Италіи были изданы мѣстные законы, запрещавшіе выходить въ поле съ непокрытымъ веретеномъ, а тѣмъ болѣе вертѣть его, ибо предполагали, что такимъ путемъ можно уничтожить весь урожай [1]).

При первыхъ императорахъ магія сама по себѣ не составляла преступленія; поэтому чародѣи привлекались къ отвѣту лишь въ томъ случаѣ, если они путемъ тайныхъ средствъ совершали общее преступленіе или позволяли себѣ какое либо гаданіе, касавшееся личности императора. Въ особенности было запрещено гаданіе о его смерти или имени его преемника. Исходя изъ того же принципа, рабу было запрещено гадать о днѣ смерти его господина, а за нарушеніе этого запрета была установлена смертная казнь на крестѣ. Изъ законовъ необходимо вновь упомянуть Lex Cornelia, который въ этотъ періодъ примѣнялся также по дѣламъ о любовныхъ напиткахъ и талисманахъ. Леченіе чарами по прежнему оставалось ненаказуемымъ. Вообще можно сказать, что въ этотъ періодъ число процессовъ о колдовствѣ значительно увеличилось, а въ византійское время обвиненіе въ колдовствѣ служило средствомъ для самыхъ возмутительныхъ интригъ и злодѣяній. Крупнѣйшій изъ процессовъ этого времени производился при императорѣ Валентѣ (364—368 п. Р. Хр.) въ Антіохіи. Множество лицъ изъ числа самыхъ богатыхъ и уважаемыхъ въ городѣ были обвинены въ томъ, что они гадали о смерти императора. За это дѣяніе они послѣ страшныхъ мученій были казнены, а ихъ состояніе конфисковано [2]).

Императоръ Константинъ отчасти вернулся къ принципу, провозглашенному Римской республикой. Сначала онъ запретилъ приглашеніе волхвовъ въ домы. За нарушеніе этого запрета хозяинъ дома подвергался ссылкѣ, а волхвы (haruspex)— сожженію [3]). Вторымъ закономъ Императоръ запретилъ подъ

---

[1]) Soldan, Hexenprocesse. S. 74.

[2]) Roskoff, Geschichte des Teufels. B. I. S. 146—148. Snell. Hexenprocesse 5, 6. Soldan. Hexenprocesse. S. 101.

[3]) Cod. Just., tit. 18. Soldan. Hexenprocesse. 99.

страхомъ смертной казни чародѣйство во вредъ жизни и здоровью, а также чары для насылки ливня, града и любовные напитки. Съ другой стороны въ законѣ ясно было выражено, что чары на пользу людямъ и ихъ полямъ не подлежатъ наказанію [1]. При Валентиніанѣ I это послѣднее правило было повторено: nec haruspicinam reprehendimus, sed nocenter exerceri vetamus [2].

Рѣзкая перемѣна въ законѣ произошла при Императорѣ Львѣ Философѣ: онъ запретилъ колдовство само по себѣ, считая, что „всякое колдовство отъ Бога отвлекаетъ, ибо всякій занимающійся чародѣйствомъ есть богоотступникъ и долженъ быть наказанъ смертью“. Это постановленіе вошло въ славянскую кормчую и сохранено тамъ и по нынѣ.

б) Средніе вѣка и новое время.

Въ теченіе первыхъ столѣтій послѣ великаго переселенія народовъ не было усиленія наказаній за колдовство. Такъ называемыя leges Barbarorum признавали существованіе тѣхъ чаръ, о которыхъ мы говорили, перечисляя суевѣрія римскаго народа; законы этого періода подвергали колдуновъ наказанію, но переносили центръ тяжести на дѣйствительный вредъ, яко-бы причиненный подсудимымъ, и старались дать невиннымъ людямъ возможность оправдаться. Въ особенности это видно изъ закона Теодориха Великаго. Въ Lex Salica мы находимъ римское повѣрье о ламіяхъ или striga'хъ. Законъ этотъ назначаетъ штрафъ въ 200 солидовъ (т. е. какъ за неумышленное убійство), если будетъ доказано, что извѣстная женщина, будучи ламіей, высосала кровь и съѣла сердце живого человѣка. Но уже законъ Л а н г о б а р д с к а г о короля Ротара признаетъ это суевѣріе безсмысленнымъ. У ф р а н к о в ъ во время царствованія Меровинговъ творилось множество злодѣяній подъ видомъ осужденія за колдовство. Но зато съ перемѣной династіи и въ особен-

---

[1]) Cod. Just. tit. 18, 4.

[2]) Cod. Theodos. lib. IX, tit. 16. 7. 9.

ности съ воцареніемъ Карла Великаго наступило значительное улучшеніе. Правда, всякіе заговоры, гаданія, въ которыхъ языческія мысли были спутаны съ именами Бога и святыхъ, были запрещены, но зато въ 769 году Императоръ издалъ законъ слѣдующаго содержанія: „Кто по наущенію дьявола и по языческому обычаю, почитаетъ мужчину или женщину за колдуна или вѣдьму, предастъ ихъ сожженію или дастъ ихъ мясо кому-либо на съѣденіе или самъ его съѣстъ, тотъ подлежитъ смертной казни". Этотъ законъ доказываетъ, насколько Карлъ Великій, по своему образованію и широкому уму, стоялъ выше не только своихъ современниковъ, но и всѣхъ монарховъ средневѣковой Европы. Его благодѣтельный законъ былъ, къ сожалѣнію, скоро забытъ, вѣра же въ колдовство все разросталась, ибо свѣтская и духовная власти общими усиліями развили это суевѣріе до чудовищныхъ предѣловъ.

Крупнѣйшимъ законодательнымъ памятниковъ Германіи эпохи возрожденія необходимо считать такъ называемую „Каролину", т. е. уложеніе Императора Карла V. Въ ст. 109 этого кодекса сказано, что „лицо, причинившее кому-либо вредъ посредствомъ колдовства, должно быть сожжено на кострѣ; если-же колдовствомъ никому вреда причинено не было, то судья долженъ наказать виновнаго по своему усмотрѣнію". Сравнительно съ законами средневѣковыми необходимо констатировать поворотъ къ худшему, ибо запрещено подъ страхомъ суроваго наказанія всякое колдовство. Но этотъ текстъ закона ничего ужаснаго въ себѣ не заключаетъ и не даетъ даже основанія заподозрить, что эта статья служила источникомъ невѣроятныхъ бѣдствій.

Дѣло въ томъ, что параллельно съ свѣтскими судами существовали суды инквизиціи. Они были учреждены въ XIII вѣкѣ, въ эпоху крестоноснаго похода противъ Альбигойцевъ во Франціи и противъ Штедингеровъ, жившихъ въ Сѣверной Германіи около Бремена. Еретиковъ постепенно истребили огнемъ и мечемъ; работа инквизиціи зачахла, число дѣлъ сократилось и доходы изсякли, такъ какъ некого было обирать и казнить. Папы, желая оживить это учрежденіе,

рѣшились передать ему дѣла о колдовствѣ. Для этой цѣли чародѣйству дали особое опредѣленіе и слили его съ еретичествомъ въ одно цѣлое. Вредъ, причиняемый частнымъ лицамъ, отошелъ на заднiй планъ, а на первомъ мѣстѣ поставили отпаденіе отъ Христа, оскверненіе святыхъ даровъ, поклоненіе сатанѣ, посѣщеніе шабаша вѣдьмъ и колдуновъ, на которомъ всѣ поклоняются дьяволу во образѣ козла, а затѣмъ творятъ свальный грѣхъ, половое сношеніе съ нечистой силой въ видѣ мужчины или женщины. Было удержано и старинное суевѣріе, будто вѣдьмы могутъ вызывать бури, ливни и градъ.

Читая эти строки приходишь въ ужасъ отъ развращенной фантазіи тѣхъ людей, людей которые могли придумать столь отвратительную картину преступленія. Сотни тысячъ женщинъ допрашивались судьями и палачами о всѣхъ подробностяхъ этого шабаша и сношеніяхъ съ дьяволомъ; а если онѣ не сознавались въ этихъ безобразныхъ поступкахъ, то ихъ терзали и мучили, пока онѣ не подтверждали того, что имъ подсказывали судьи [1]).

Своего апогея процессы о вѣдьмахъ достигли въ концѣ XV вѣка. Въ 1484 года папа Иннокентій VIII особой буллой одобрилъ дѣйствія инквизиторовъ и подтвердилъ необходимость строгаго преслѣдованія чародѣевъ; а спустя 3 года послѣ этого появилась книга, озаглавленная „Malleus maleficarum". Это собраніе практическихъ указаній богословскихъ и процессуальныхъ правилъ для веденія процессовъ о колдовствѣ. Первая фраза этого трактата гласитъ: maxima heresis est opera maleficarum non credere, т. е. величайшая ересь не вѣрить въ возможность колдовства. Затѣмъ идутъ рядъ безсовѣстныхъ совѣтовъ и правилъ, которые имѣютъ цѣлью погубить подсудимаго. Судьѣ вмѣнялось въ обязанность ложными обѣщаніями склонять подсудимыхъ къ сознанію. За-

---

[1]) Въ нѣмецкой литературѣ однимъ изъ лучшихъ сочиненій объ этомъ періодѣ являются Soldan. Die Hexenprocesse. Roskoff. Geschichte d. Teufels. На русскомъ языкѣ тому же вопросу посвящены изслѣдованія Я. А. Канторовича, Средневѣковые процессы о вѣдьмахъ, и проф. Сумцова, Очеркъ исторіи колдовства въ Западной Европѣ. 1878 г.

щита не допускалась, равно какъ и обжалованіе рѣшеній, поэтому произволъ царилъ самый безобразный. Въ свѣтскомъ уголовномъ процессѣ существовалъ рядъ правилъ, которыми устанавливались нормы для примѣненія пытки. Инквизиторы этихъ правилъ не признавали и считали для себя позоромъ, если они не доводили подсудимыхъ до полнаго сознанія. Все считалось доказательствомъ ихъ сношенія съ дьяволомъ, даже смерть во время пытки или въ тюрьмѣ [1]). Неудивительно поэтому, что ежегодно тысячи людей, въ особенности женщинъ гибло на кострахъ. По подсчету нѣкоторыхъ ученыхъ за время дѣйствія духовныхъ судовъ милліоны лицъ обоего пола погибло на кострахъ [2]). Ни одна эпидемія, ни одна кровопролитная война не потребовала бы столько жертвъ.

Особенно многочисленны были процессы о колдовствѣ въ теченіе XV и XVI вѣка, ибо церковь надѣялась пріобрѣсти такимъ путемъ новое оружіе для борьбы съ наукой, которая въ эпоху возрожденія двинулась впередъ гигантскими шагами и подрывала авторитетъ церкви. Съ другой стороны на сѣверѣ Германіи началась реформація, съ которой католическому духовенству приходилось вести весьма энергичную борьбу. Къ срединѣ XVI вѣка лютеране добились свободы совѣсти и упрочили свое положеніе на всемъ сѣверѣ Германіи. Но въ вопросѣ о колдовствѣ они шли по стопамъ инквизиціи. Спеціальные судьи (Hexenrichter) замѣнили имъ доминиканскихъ монаховъ. Какъ дѣйствовали эти доблестные блюстители закона, видно изъ того, что, по словамъ саксонскаго судьи Karpzow, онъ осудилъ на казнь 20000 человѣкъ, въ числѣ которыхъ было множество колдуновъ и вѣдьмъ.

Наконецъ, наступила реакція. Быстрый ростъ познаній въ области естественныхъ наукъ подорвалъ вѣру въ возможность чародѣйства. Голоса разныхъ ученыхъ, которые стали раздаваться сначала очень скромно, а потомъ все громче и громче, произвели переворотъ въ общественномъ мнѣніи и вѣра въ колдовство поколебалась. Среди этихъ лицъ нельзя

---

[1]) Holzinger. Das Delict der Lauberei. (Gross. Archiv. R. XV. S. 327).

[2]) Snell. Hexenprocesse. Manhardt. (Die practischen Folgen des Aberglaubens).

не упомянуть съ особой благодарностью іезуита Шпее, врача Вейера, голландскаго пастора Беккера и нѣмецкаго профессора Томазіуса. Благодаря трудамъ этихъ ученыхъ и ихъ сторонниковъ, которые съ опасностью для собственной жизни боролись противъ самаго вреднаго изъ всѣхъ суевѣрій, законы о чародѣйствѣ сначала были смягчены свѣтскими властями (см. кодексъ Маріи Терезіи), а въ концѣ XVIII вѣка настолько измѣнены, что преступленіе колдовства исчезло изъ уголовныхъ уложеній. Въ австрійскомъ кодексѣ Императора Іосифа II 1787 г., въ прусскомъ уложеніи 1791 г. и въ кодексѣ Наполеона нѣтъ болѣе колдовства какъ преступленія противъ вѣры. Терминъ чародѣйство сохранился въ законѣ только для того, чтобы опредѣлить особый видъ мошенничества.

2. Вселенскіе и помѣстные соборы [1]).

Переходя отъ запада къ востоку, мы должны прежде всего вернуться къ первымъ вѣкамъ христіанства, когда создавались правила отцовъ нашей церкви и собирались вселенскіе и помѣстные соборы. Правила святыхъ отцовъ и соборныя постановленія для насъ особенно цѣнны потому, что они цѣликомъ вошли въ славянскую кормчую и образовали русское каноническое право, которымъ православная церковь руководствуется до настоящаго времени. Кромѣ того въ этихъ памятникахъ содержится бытовой матеріалъ, представляющій для насъ особый интересъ.

Церковное законодательство этой эпохи посвящено устроенію христіанской церкви и борьбѣ со слѣдами язычества, которые были еще очень многочисленны въ юной общинѣ. Среди остатковъ прежняго быта волхвованіе занимало, конечно, первое мѣсто; христіанское духовенство признавало его особо вреднымъ, потому что колдовство во всѣхъ его формахъ составляло принадлежность языческихъ жрецовъ. Поэтому въ

[1]) Въ этой главѣ правила отцовъ Церкви и постановленія соборовъ цитируются нами по изданіямъ Московскаго общества любителей духовнаго просвѣщенія.

§ 65 правилъ Василія Великаго указано, что „покаявшійся въ волшебствѣ или въ отправленіи да проведетъ въ покаяніи время, положенное для убійцы, съ распредѣленіемъ сообразно тому, какъ самъ обличилъ себя въ каждомъ грѣхѣ“. Однородное положеніе мы находимъ въ ст. 24 постановленій Анкирскаго собора и въ Славянской кормчей, гдѣ прямо сказано, что „обавникъ и чародѣй яко убійца суть“. Далѣе было запрещено подъ страхомъ наложенія эпитиміи въ 5—6 лѣтъ (Вас. Вел., ст. 82, Анкирскій соборъ, ст. 24, VI Вселенскій, ст. 62) не только самое волхвованіе въ видѣ промысла, но также и обращеніе къ волхвамъ за помощью и приглашеніе ихъ въ домы. Такая строгость вполнѣ понятна. Желая уничтожить волхвовъ, церковь не могла допустить ихъ сношенія съ членами христіанской общины. Третье правило, сюда относящееся, столь же сурово какъ и два первыхъ. Подъ страхомъ такой же эпитиміи (Вас. Вел., ст. 82, Анкирскаго собора, 24) запрещается послѣдованіе языческимъ обычаямъ.

Такимъ образомъ мы имѣемъ налицо тѣ 3 элемента, изъ которыхъ въ каноническомъ правѣ образовалось понятіе суевѣрія: *волхвованіе, обращеніе къ волхвамъ и соблюденіе языческихъ обычаевъ*. Эти три элемента мы находимъ вмѣстѣ не только въ древне-христіанскихъ правилахъ, но и въ Стоглавѣ и другихъ памятникахъ нашей родины вплоть до настоящаго времени.

Чтобы вполнѣ уяснить себѣ изложенныя положенія, необходимо установить, что̀ понимали отцы христіанской церкви подъ словомъ волхвованіе. По этому поводу мы находимъ подробныя указанія у двухъ коментаторовъ соборныхъ постановленій: Заноры и Валса Мона. По словамъ перваго изъ нихъ, подъ волхвованіемъ необходимо понимать 1) вредъ, причиненный другимъ лицамъ посредствомъ заклинаній злыхъ духовъ и 2) отравленіе губительнымъ ядомъ. Такимъ образомъ, Занора распредѣляетъ чародѣйство на 2 группы: колдуновъ и зелейщиковъ. Колдунъ силенъ знаніемъ таинственныхъ силъ природы, надъ которыми онъ властвуетъ, благодаря своимъ заклинаніямъ, а зелейщикъ—знатокъ губительныхъ зелій, т. е.

ядовитыхъ и цѣлебныхъ травъ. Это дѣленіе чародѣевъ по ихъ занятію на двѣ группы: заклинателей и собирателей травъ мы встрѣчаемъ въ теченіе многихъ вѣковъ.

По словамъ Заноры запрещено было только волхвованіе во вредъ людямъ; отсюда слѣдовало бы заключить, что волхвованіе на пользу имъ дозволено, какъ это было разрѣшено въ древнемъ Египтѣ и Римѣ. Но подобный выводъ былъ бы крайне ошибоченъ. Занора по этому вопросу молчитъ, но другой богословъ Вальсамонъ прямо говоритъ, что леченіе волхвами больныхъ, полагающихъ, что они страдаютъ отъ чарованій, не можетъ быть допущено, потому что всякое общеніе съ чародѣями запрещено подъ страхомъ эпитеміи. Къ этому присоединилось соображеніе аскетическаго свойства: болѣзнь это наказаніе, ниспосланное Богомъ, поэтому съ ней нельзя бороться травами, а нужно искренней и теплой молитвой просить Господа объ избавленіи отъ страданій. По тѣмъ же основаніямъ Вальсамонъ запрещаетъ обращаться къ волхвамъ для розыска краденаго или къ астрологамъ, занимающимся демонскими дѣлами, съ вопросами о счастьѣ и несчастьѣ. Однимъ словомъ колдованіе есть языческій обычай, поэтому оно ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть терпимо въ христіанской общинѣ и дѣятельность волхвовъ независимо отъ приносимой ими пользы или вреда должна быть уничтожена въ корнѣ. Въ этомъ принципіальномъ положеніи, которое напоминаетъ намъ законодательство Моисея, заключается рѣзкій поворотъ отъ языческаго міра къ христіанскому; въ немъ же кроется юридическое основаніе для преслѣдованія чародѣйства во всѣхъ его формахъ, которое началось у европейскихъ народовъ съ первыхъ вѣковъ христіанства и длилось до второй половины XVIII вѣка.

Насколько у людей была сильна потребность въ волхвованіи обнаружилось очень скоро на жизни молодой христіанской общины. Древніе греки обращались къ своимъ жрецамъ между прочимъ за врачебной помощью и для производства гаданій. Дельфійскій оракулъ былъ извѣстенъ во всей Греціи, а храмы, посвященные Эскулапу, были построены во многихъ мѣстахъ. Съ распространеніемъ христіанства члены общины

стали смотрѣть на своихъ священниковъ какъ на преемниковъ жрецовъ и начали требовать отъ нихъ тѣхъ же услугъ. Эти злоупотребленія распространялись видимо настолько сильно и быстро, что на соборахъ Анкирскомъ 314 года (правило 24) и Лаодикійскомъ 476 года (ст. 36) священнику или причетнику подъ страхомъ изверженія изъ сана было запрещено быть „волшебникомъ, обаятелемъ, числогадателемъ или астрологомъ, или дѣлать предохранилища, которыя суть узы душъ ихъ". По словамъ Заноры, священники-чарователи читали заклинанія въ видѣ молитвъ или пѣсенъ, коими они отвлекали демоновъ или связывали дикихъ звѣрей и пресмыкающихся, т. е. они заговаривали скотъ отъ нападенія дикихъ звѣрей. Подобный образъ дѣйствій, конечно, не могъ быть терпимъ со стороны пастыря христіанской церкви. Но запретъ и угроза наказанія не остановили развитіе зла. Поэтому VI-му Вселенскому собору, который собрался въ Константинополѣ въ 553 году, пришлось не только вновь подтвердить свое запрещеніе, но и заняться разборомъ цѣлаго ряда случаевъ. Оказалось, что игуменъ монастыря Осіи носилъ за пазухою сорочку новорожденнаго младенца и сознался, что она дана ему одною женщиною для отвращенія и загражденія устъ тѣмъ, которые покусились бы говорить противъ него. Священникъ обвинялся въ томъ, что „давалъ святой хлѣбъ Великаго Четверга разнымъ женамъ и мужамъ, чтобы тѣмъ обличить похитившаго какую-нибудь вещь въ случаѣ, ежели онъ не скоро потребитъ оный" [1]). Другой священникъ обвинялся въ томъ, что „съ евангеліемъ, привязаннымъ къ дереву и вращаемымъ вокругъ, дѣлалъ вопросы и отвѣчалъ на нихъ по псалмамъ Давида и черезъ это на многихъ безвинно навлекъ большія хлопоты". За такія дѣянія игуменъ и священники были извергнуты изъ сана.

Константинопольскій соборъ вообще подробно остановился на различныхъ суевѣріяхъ (ст. 62). Между прочимъ онъ

[1]) Отсюда вѣроятно возникла поговорка: „кусокъ въ горло не лѣзетъ". То же предположеніе высказано проф. Wuttke (Der deutsche Volksaberglauben. S. 227) и Яковомъ Гриммъ (Deutsche Mythologie).

указываетъ, что той же 6-лѣтней эпитеміи подлежатъ тѣ лица, которыя „водятъ медвѣдей или иныхъ животныхъ на посмѣшище и на вредъ простѣйшихъ, и, соединяя обманъ съ безуміемъ, произносятъ гаданія о счастьи, о судьбѣ, о родословіи и множество другихъ подобныхъ толковъ". Соборъ запретилъ медвѣжатникамъ заниматься своимъ ремесломъ потому, что они водили своихъ звѣрей не для потѣхи народной, а для гаданій и для обмана простыхъ людей. Занора подробно описалъ намъ, въ чемъ состояли эти обманы и гаданія. Вожатые привѣшивали къ шеѣ медвѣдя сосуды съ водою и выстригали ему волосы, затѣмъ, они продавали эти волосы и воду въ видѣ талисмановъ, могущихъ предохранить отъ завистливыхъ глазъ и служить лекарствомъ при многихъ болѣзняхъ; кромѣ того они сажали дѣтей на спину своихъ животныхъ, утверждая, что такимъ путемъ отъ дѣтей будутъ отвращены бѣдствія.

Соборъ перечислилъ, какъ мы указали выше различные виды колдованія и всѣ ихъ строжайше запретилъ.

Поясняя и толкуя эти постановленія, Вальсамонъ подробно останавливается на каждой спеціальности чародѣевъ. 1) Колдуны гадаютъ по ладони рукъ, смотрятъ на сосудъ, жертвами спрашиваютъ своего отца сатану и вообще стараются прозрѣвать будущее. 2) Стоначальники, „старшіе, т. е. болѣе разсудительные, обольщающіе простѣйшихъ своими занятіями почитаются какъ ложные боги" 3) Аѳинганы носятъ змѣй, говорятъ, что одинъ рожденъ въ злополучный день, а другой подъ счастливою звѣздою, предвѣщаютъ счастье и несчастье. 4) Облакогонители гадаютъ по облакамъ, въ особенности по вечернимъ, краснымъ. Если облако похоже на человѣка, заносящаго мечъ, предвѣщаютъ войну, если оно похоже на голубя—опасность, если на льва—провозглашеніе императорскихъ указовъ. 5) Обаятели гадаютъ по псалмамъ, именамъ мучениковъ и именемъ Богородицы.

Подводя итогъ сказанному, мы усматриваемъ, что вселенскіе и помѣстные соборы боролись противъ всевозможныхъ видовъ гаданій, талисмановъ и примѣтъ, которыя сохранились съ глубокой древности. Но епископамъ приходи-

лось считаться съ тѣмъ, что рядомъ съ этими старыми формами гаданій возникали новыя, которыя были заимствованы изъ обрядности и ученія молодой христіанской церкви. Сюда необходимо отнести предохранительныя молитвы и заклинанія, для огражденія людей и животныхъ, розыскъ вора путемъ причастія или псалтыря и гаданіе по псалмамъ и по именамъ святыхъ. Вѣра во все таинственное была сильна въ народѣ. Только лучшіе мыслители и пастыри старались уничтожить суевѣріе во всѣхъ его формахъ и вести народъ къ добру и просвѣщенію; большинство же священниковъ стояло на столь-же низкой степени культуры, какъ и паства, поэтому они создали новыя формы гаданій и талисмановъ, которые давали имъ такіе же доходы, какъ и греческимъ жрецамъ оракулы и гаданья въ храмахъ.—

3. Русское законодательство.

а) законы и административныя распоряженія.

Покончивъ съ правилами отцовъ церкви, мы можемъ уже перейти къ нашей главной задачѣ, къ исторіи русскаго законодательства по вопросу о суевѣріи. Изъ Кіевскаго періода у насъ сохранился только церковный уставъ Владиміра или какъ онъ точнѣе называется „уставъ по греческимъ номоканонамъ Самодержца русскія земли Великаго Князя Владиміра Кіевскаго и всея Россіи, крестившаго русскую землю, о церковныхъ судѣхъ и о десятинахъ и о церковныхъ людяхъ [1]). Въ уставѣ этомъ подробно перечислены тѣ преступленія, которыя подсудны духовнымъ судамъ: „Законо-преступленіе, еретичество, потворы, чародѣяніе, ворожба, волхованіе, кобеніе, зелейничество“.... „Аще укоритъ кто кого и не по винѣ назоветъ любодѣемъ, волхвомъ, еретикомъ . . . . Носящіе паузы . . . . Или кто молится подъ виномъ, или подъ рощею или у воды . . . . Аще молятся

[1]) Доп. къ актамъ истор. 1846 г. стр. I. Древняя Росс. Вивліоѳика. VI стр. 1. Бѣляевъ. Лекціи по исторіи русскаго законодательства, стр. 203.

твари, солнцу, лунѣ, звѣздамъ, облакамъ, вѣтрамъ, кладезямъ, рѣкамъ, дубію, горамъ, каменію" .. Слѣдовательно, къ вѣдѣнію церковнаго суда были отнесены тѣ дѣянія, наказаніе которыхъ было необходимо ради огражденія церкви и ея интересовъ. На первомъ мѣстѣ поставлены еретики, т. е. лица, которыя борятся противъ основныхъ положеній христіанскаго вѣроученія и производятъ смуту среди послѣдователей Спасителя. Второе мѣсто занимаютъ чародѣи и зелейщики. Церковный уставъ Владиміра былъ составленъ по указаніямъ греческихъ ученыхъ, которые, исходя изъ постановленій Вселенскихъ соборовъ считали, что колдовство, какъ одно изъ проявленій язычества, есть оскорбленіе христіанской церкви и должно быть судимо не въ свѣтскомъ, а въ духовномъ судѣ.—Параллельно съ этимъ къ вѣдѣнію тѣхъ-же судовъ отнесена была клевета и брань, если обиженный названъ волхвомъ и еретикомъ. Оскорбленіе словомъ не принадлежало вообще къ числу преступленій, относящихся къ вѣдѣнію духовнаго вѣдомства, но въ данномъ случаѣ была создана эта подсудность, очевидно, въ виду того, что духовный судъ, разбиравшій всѣ дѣла о колдовствѣ, болѣе свѣтскаго былъ способенъ выяснить, заключались ли въ словахъ подсудимаго клевета и оскорбленіе. Наконецъ, къ вѣдѣнію духовнаго суда отнесено явное или тайное отпаденіе въ язычество или даже исполненіе нѣкоторыхъ изъ языческихъ обрядовъ. Подобныя дѣла возникали вѣроятно довольно часто, такъ какъ народъ далеко не вездѣ былъ подготовленъ къ принятію христіанства и мѣстами принялъ новую религію прямо враждебно.

Кромѣ указанныхъ дѣлъ къ вѣдѣнію церкви были отнесены преступленія и тяжбы семейныя, дѣла о кражахъ изъ церкви и могилъ, наконецъ, всѣ дѣла, касавшіяся людей, состоявшихъ въ вѣдомствѣ церкви. Церковный уставъ Владиміра является крупнѣйшимъ законодательнымъ памятникомъ, который оставался въ силѣ до XVI вѣка, несмотря на нѣкоторыя измѣненія, которыя были внесены въ него при Ярославѣ и его сыновьяхъ [1]). Уставъ Владиміра былъ кодексъ

[1]) Бѣляевъ. Исторія русскаго законодательства стр. 209.

процессуальный, матеріальнымъ же уголовнымъ правомъ для церковныхъ судей этого періода служилъ Номоканонъ или Кормчая, въ которой были назначены суровыя кары, существовавшія въ византійскомъ правѣ, какъ-то сожженіе (напр. за разграбленіе церкви), казнь мечемъ (за колдовство) и тѣлесныя наказанія (за болѣе мелкія дѣянія). Ярославъ всѣ кары замѣнилъ денежными пенями, но вскорѣ, въ особенности на сѣверѣ, церковные суды снова стали руководствоваться Номоканономъ [1]).

Второй законодательный памятникъ, имѣющій для насъ выдающееся значеніе, изданъ гораздо позднѣе. Это Стоглавъ, кодексъ, въ которомъ изложены результаты совѣщанія Всероссійскаго Собора, собраннаго Царемъ Іоанномъ IV для упорядоченія церковныхъ дѣлъ. Настоящій памятникъ для насъ важенъ уже потому, что въ немъ впервые употребляется слово „суевѣріе", которое съ этого времени болѣе не исчезаетъ изъ нашего законодательства.

Соборъ подробно остановился на вопросѣ о суевѣріяхъ, потому что самъ Государь, признавая нѣкоторые обычаи вредными, предложилъ собравшимся духовнымъ лицамъ ихъ обсудить и принять мѣры къ ихъ искорененію. Благодаря этому, въ постановленіяхъ Стоглава заключается чрезвычайно богатый бытовой матеріалъ, цѣнный для историка и для юриста. Соборъ разбилъ сообщенные ему факты на 3 группы. По его заключенію противъ суевѣрій первой категоріи должна бороться одна церковь; противъ суевѣрій 2-й категоріи церковь и государство, а противъ суевѣрій 3-ьей категоріи одно государство.

По степени важности и опасности разсмотрѣнныя имъ суевѣрія могутъ быть распредѣлены нами въ слѣдующемъ порядкѣ.

1) *Чародѣйство.* „Многіе люди, зная еретическія хитрости: Рафли, Вороноград, Шестокрылъ, Зодію, Астрономію, Альманахъ, Звѣздочетъ, Аристотелевы Врата и иные составы и мудрости еретическія, ими прельщаютъ христіанъ и отъ

[1]) Тамъ-же стр. 219 и 344. Псковская судебная грамота.

Бога отлучаютъ". Соборъ, считая дѣятельность такихъ людей за чародѣйство и чернокнижество, предложилъ Государю назначить виновнымъ казнь, а епископамъ приказалъ отлучать ихъ отъ церкви.

2) *Чародѣйство во время суда Божія.* Многіе судящіеся стали передъ поединкомъ совѣтоваться съ волхвами и чародѣями, которые, „прельщая народъ, предлагаютъ свои пособія по Аристотелевымъ вратамъ и Рафлямъ и звѣздамъ, показывающимъ счастливые и несчастливые дни, отчего ябедники, надѣясь на нихъ, не мирятся, выходятъ на бой и побиваются, отчего умножается ябедничество".

Соборъ возложилъ на Государя издать указъ, чтобы не было волхвовъ, кудесниковъ и чародѣевъ, а если таковые окажутся, то наложить на нихъ государеву опалу. Церковь же должна учить христіанъ, чтобы они не вѣрили волхвамъ и чародѣямъ, а непослушныхъ проклинать.

3) *Эллинскіе обычаи.* Въ эту категорію Соборъ зачислилъ тѣ обряды, которые онъ считалъ не безъ основанія остатками язычества. Сюда должны быть отнесены слѣдующіе обычаи: призываніе волхвовъ, вѣдьмы, плесканіе и плясаніе подъ бочками, призываніе духовъ подъ корчагами, т. е. сосудами для питья; вѣра въ получаи, роженицу, въ обавниковъ, кобниковъ, волхованіе въ Мартѣ мѣсяцѣ и при зарожденіи каждаго мѣсяца, раскладываніе огня въ воротахъ частныхъ домовъ и передъ торговищами, чтобы при гаданіи проходить черезъ тотъ огонь.

Соборъ просилъ Государя запретить, а священникамъ поручить убѣждать народъ оставить подобныя игры.

4) *Общая баня.* Во Псковѣ мужчины и женщины, чернецы и черницы вмѣстѣ моются въ баняхъ.—Соборъ опредѣлилъ, что Государь долженъ запретить этотъ обычай для мірянъ; относительно же черницъ и чернецовъ церковь брала на себя обязанность принять мѣры противъ ихъ безнравственнаго поведенія.

5) *Суевѣрные* или, какъ говорилось впослѣдствіи, *безчинные обычаи:* а) Неприличные с в а д е б н ы е о б р я д ы, состоящіе въ томъ, что въ свадебномъ кортежѣ участвуютъ

гусельники, органщики и шуты. б) *Кутежи на кладбищахъ*. Въ Троицыну субботы мужчины и женщины сходятся на погосты, сначала пляшутъ, потомъ пьютъ, приглашаютъ скомороховъ и поютъ пѣсни. в) *Народныя игры и гаданья*. Въ Русальную Субботу, т. е. въ Субботу всѣхъ святыхъ, на Ивановъ день, въ повечеріи Рождества и Богоявленія мужчины, женщины и дѣвицы сходятся на ночныя пляски, игры и пѣсни, которыя продолжаются до заутрени. На Пасху или Радуницу (вторникъ на Ѳоминой недѣлѣ) чинятъ разныя бѣсовскія заповѣданныя язычествомъ дѣла, а именно: окличь, вьюницу, также радуницу и другія. Въ Великій Четвергъ палятъ солому и кличутъ по утру мертвецовъ. г) *Изготовленіе талисмановъ*. Невѣжественные священники принимаютъ отъ прихожанъ соль, пережженную на Чистый Четвергъ, кладутъ ее подъ престолъ и держатъ тамъ отъ Св. Воскресенья до 7-го послѣ Пасхи Четверга, а затѣмъ даютъ на врачеваніе людямъ и скоту; они-же принимаютъ отъ прихожанъ мыло и держатъ его на престолѣ 6 недѣль; священники принимаютъ отъ мирянъ сорочки, въ которыхъ родились дѣти, и кладутъ ихъ на престолъ на 6 недѣль.

Соборъ призналъ, что противъ этихъ суевѣрій духовенство можетъ бороться своими силами и средствами.

6) Послѣднюю группу суевѣрій составляютъ факты изъ жизни бродячаго люда, различные обманы и мошенничества.

а) Азартная игра въ зернь. б) Скоморохи, которыхъ духовенство преслѣдовало, видя въ нихъ лицъ, принимавшихъ когда то участіе въ языческихъ празднествахъ, ибо пѣсни и пляски входили въ культъ языческихъ боговъ и производились при жертвоприношеніяхъ и возваніяхъ. в) Лжепророки, мужчины и женщины. Соборъ такъ описываетъ ихъ продѣлки. „Дѣвки и старухи, нагія и босыя, распустя волосы, трясутся и убиваются, говоря, что имъ явилась Св. Пятница Анастасія и велѣла имъ заповѣдать христіанамъ, чтобы по средамъ и пятницамъ ручного дѣла не дѣлали“.

Желая принять мѣры противъ этихъ бродягъ и обманщиковъ, правительство представило вопросъ о ихъ судьбѣ на

обсужденіе Собора, но этотъ послѣдній уклонился отъ его разрѣшенія, находя, что онъ не относится къ числу дѣлъ духовнаго правленія, и что въ дѣяніяхъ скомороховъ и обманщиковъ заключаются признаки общихъ и полицейскихъ нарушеній, съ которыми должна бороться свѣтская власть.

Резюмируя изложенное, мы находимъ, что Соборъ подъ словомъ суевѣріе понималъ колдовство и разные обычаи, нежелательные съ точки зрѣнія церкви. Онъ поступилъ такъ же, какъ и многочисленные соборы (Synoden) Западной Европы, которые составляли Index'ы superstitionum et paganiarum. Стоглавъ по-прежнему считаетъ колдовство важнымъ преступленіемъ противъ вѣры, ибо чародѣи „людей отъ Бога отлучаютъ“. Поэтому Соборъ требовалъ для виновнаго смертной казни; исключеніе сдѣлано было только для вмѣшательства колдуновъ въ судъ Божій; въ этомъ случаѣ Соборъ ограничивался неопредѣленнымъ наказаніемъ „великой государевой опалой“. Для прочихъ суевѣрій, а въ томъ числѣ за обращеніе къ волхвамъ, наказанія не было назначено. Соборъ ограничился однимъ запрещеніемъ и увѣщаніемъ духовнымъ.

Въ число запрещенныхъ Стоглавомъ суевѣрій попали самые разнообразные обычаи русскаго народа. Общая баня, конечно, не имѣла ничего общаго съ суевѣріемъ; этотъ обычай подлежалъ уничтоженію, какъ грубое оскорбленіе нравственности. Пляски и ночныя игры (откличь, вьюница и радуница), веселый людъ въ свадебномъ кортежѣ были наслѣдіемъ сѣдой старины и остатками языческаго быта, точно также какъ кутежъ на погостѣ представлялъ собою родъ старинной тризны у могильнаго холма. Противъ этихъ пережитковъ далекаго прошлаго православное духовенство боролось издревле. Странно только, что оно видѣло въ нихъ не остатки славянской миѳологіи, а приводило ихъ въ связь съ греческими праздниками, такъ напр. Владимірскій соборъ (XIII вѣка) упоминаетъ объ обычаѣ, по которому въ субботніе вечера собирались вмѣстѣ мужи и жены и совершали въ ночь подъ воскресенье безстыдныя и скверныя дѣянія подобно тому, какъ нѣкогда греки язычники праздновали какой

то праздникъ Діонусовъ или Діонисовъ [1]). Этой мнимой связью съ древней Греціей, вѣроятно, объясняется терминъ „Эллинскіе обычаи“, который встрѣчается въ Стоглавѣ.

Помимо перечисленныхъ нами старинныхъ празднествъ и обычаевъ, которые крѣпко держались въ народѣ, развились на Руси въ XVI вѣкѣ не обычаи, а форменныя суевѣрія, которыя не имѣли ничего общаго съ язычествомъ, а выросли на христіанской почвѣ. Какъ мы видѣли, VI Вселенскій Соборъ извергъ изъ сана игумена и 2 священниковъ за колдованіе родильной рубашкой, а также за гаданіе причастіемъ, евангеліемъ и псалтыремъ для розыска краденаго имущества. Стоглавъ, упоминая о тѣхъ же суевѣріяхъ, описываетъ и новыя: четверговую соль и мыло, лежавшіе 6 недѣль на алтарѣ. Онъ упоминаетъ также, что просвирни, жившія при церквахъ, колдовали надъ просфорами. Осужденіе Стоглавомъ корыстныхъ дѣйствій духовенства было вызвано крайней необходимостью, потому что среди приходского клира шло повсемѣстно изученіе стариннаго суевѣрнаго лечебника и фабрикація разнаго рода суевѣрныхъ тетрадей, которыя по заказу составлялись членами клира и дѣтьми ихъ, находившими въ этомъ темномъ промыслѣ доходную статью и поддержку своего значенія въ народѣ [2]).

Разобравъ содержаніе постановленій Всероссійскаго Церковнаго Собора 1551 года, изложенныя въ видѣ отвѣтовъ на вопросы царя, мы должны выяснить, имѣли ли они практическія послѣдствія, иначе говоря, приняла ли свѣтская власть предложенія Собора, и что она сдѣлала для искорененія суевѣрій.

Требованіе церкви о назначеніи смертной казни за „еретическія хитрости“ и чародѣйство повидимому оставлено было Царемъ безъ отвѣта. Ни въ Судебникѣ Царя Іоанна Грознаго, ни въ Уложеніи Царя Алексѣя Михайловича нѣтъ соотвѣтствующей статьи; особой новеллы до насъ не дошло. Только

---

[1]) Макарій, Исторія русской церкви, т. V, стр. 274.

[2]) Знаменскій, Приходское духовенство на Руси, Москва 1867 г. стр. 163, А. А. Э. № 176, Доп. А. И. № 99.

въ 1552 г. [1]) было опубликовано специальное узаконеніе, которымъ между прочимъ было запрещено „къ чародѣямъ и волхвамъ и къ звѣздочетамъ ходити волхвовати и къ полямъ чародѣи приводити“; а „если виновные въ томъ обличены будутъ достовѣрными свидѣтелями“, то „быти имъ отъ Царя и Великаго Князя въ великой опалѣ по гражданскимъ законамъ, а отъ святителей имъ же быти въ духовномъ запрещеніи по священнымъ правиламъ“.

Это единственный законъ XVI вѣка, касающійся чародѣйства. Но онъ говоритъ только о лицахъ, которыя пользуются дѣйствіями волхвовъ, о самихъ же чародѣяхъ онъ не упоминаетъ. Изъ этого пробѣла въ свѣтскихъ законахъ нельзя однако заключить, что волховство могло остаться безнаказаннымъ, ибо дѣла о чародѣйствѣ слушались въ духовномъ судѣ, гдѣ по прежнему остались въ силѣ Кормчая, каравшая чародѣя смертью („мечемъ усѣчены будутъ“, „мечемъ мучатся“). На указанный нами пробѣлъ въ свѣтскомъ законодательствѣ XVI и XVII вѣка обратилъ вниманіе проф. Таганцевъ [2]), который отмѣтилъ, что въ Судебникахъ не были перечислены всѣ дѣянія, запрещенныя въ русскомъ правѣ подъ страхомъ наказанія, и что многія преступленія, подсудныя церковнымъ судамъ, были обложены смертною казнью по греко-римскимъ законамъ. Этотъ выводъ несомнѣнно правиленъ. Онъ подтверждается, какъ мы увидимъ ниже, цѣлымъ рядомъ процессовъ и свидѣтельствомъ Котошихина [3]), который въ своемъ сочиненіи о Россіи, написанномъ въ 1666 и 1667 г.г. въ Стокгольмѣ, сообщаетъ, что на Руси мужчинъ жгли живыми за богохульство, за церковную татьбу, за содомское дѣло, за волховство и за чернокнижество. Свидѣтельство такого выдающагося современника еще болѣе подтверждаетъ наше мнѣніе, что каноническое право восполняло свѣтское, ибо о содоміи ни Судебники, ни Уложеніе не упоминаютъ. Въ свѣтскомъ законодательствѣ это

---

[1]) Акты Истор. I, стр. 252.

[2]) Лекціи, изд. 2-е, т. II, стр. 968.

[3]) О Россіи въ царствованіе Алексѣя Михайловича, СПБ. 1859 года, стр. 95 и 96.

преступленіе появилось впервые въ военномъ и морскомъ регламентѣ Петра Великаго [1]).

Такимъ образомъ церковь не добилась отъ свѣтской власти новаго и строгаго закона для преслѣдованія чародѣйства; но за то цѣлымъ рядомъ административныхъ актовъ она достигла того, что бродячіе люди, какъ то: скоморохи, нищіе, ворожеи и волхвы были подвергнуты притѣсненіямъ, въ особенности въ монастырскихъ и дворцовыхъ селахъ и деревняхъ. До насъ дошло не мало княжескихъ грамотъ, подтверждающихъ запрещеніе бродячимъ элементамъ входить въ эти селенія. Напр., въ грамотѣ, выданной въ 1470 г. Троицко-Сергіевскому Монастырскому Собору [2]), сказано, что если найдутъ при обыскѣ въ крестьянской хатѣ скомороха, волхва или бабу-ворожею, то сотня крестьянская платитъ пени 10 рублей, а пойманнаго вора слѣдуетъ „бивъ, да ограбивъ, выбити изъ волости вонъ". Однородныя грамоты были выданы въ 1515 г. Чухломскому Монастырю, въ 1522 г. Кассіано-Учемскому, въ 1554 г. дворцовымъ селамъ Аѳанасьевскому и Васильевскому [3]), въ 1556 г. Высоцкому монастырю и мног. друг. Въ 1648 г. была опубликована Царская грамота [4]), въ которой рекомендовались еще болѣе крутыя мѣры. Запрещалось призывать скомороховъ съ домрами, сурнами, волынками и всякими играми и надѣвать на себя скоморошья платья и личины. Воеводамъ предписывалось отбирать музыкальные инструменты, ломать, жечь ихъ, а тѣхъ, у кого они найдутся, бить батогами и ссылать въ украйныя мѣста.

Въ развитіе сего указа Верхотурскій воевода далъ Ирбитскому приказчику въ 1649 г. приказъ, который по своимъ бытовымъ подробностямъ заслуживаетъ полнаго вниманія [5]). Этимъ приказомъ запрещалось 1) крестьянамъ, мѣ-

---

[1]) Объяснительная записка къ Проекту Уголовнаго Уложенія, т. VI, стр. 587.
[2]) Ак. Ар. Экс., I, № 69, стр. 267.
[3]) Ак. Ар. Экс., I, № 241.
[4]) Ак. Ист., IV, № 35.
[5]) А. А. Э. IV 35, А. И. III 92. Чебышевъ—Дмитріевъ. О преступномъ дѣйствіи по русскому допетровскому праву (Ученыя записки Казанскаго университета 1862 г. в. I).

щанамъ и служилымъ людямъ приглашать къ себѣ въ домы къ больнымъ и младенцамъ ворожей и бабъ; 2) смотрѣть въ первый день луны; 3) купаться въ рѣкахъ и на озерахъ во время грома; 4) умываться по домамъ съ серебра; 5) лить олово и воскъ, 6) вѣрить (!) въ сны, встрѣчу, получаи, птичій грай". Далѣе, тѣмъ же приказомъ запрещалось: 1) играть въ зернь, карты, шахматы и лодыги; 2) плясать съ сучками; 3) плясать и пѣть на улицахъ и поляхъ богомерзкія пѣсни; 4) пѣть бѣсовскія пѣсни на свадьбахъ и говорить срамныя слова; 5) качаться на качеляхъ, прыгать на доскахъ и надѣвать на себя личину.

Сохранилось также пастырское окружное посланіе Бѣлгородскаго архіерея Мисаила (1667—1772 г.) [1]), въ которомъ онъ повторяетъ тѣ же запрещенія. Духовенство довольно сурово относилось къ нарушенію этихъ правилъ и умѣло карать виновныхъ. Въ 1684 г. при епископѣ Аврааміи, преемникѣ Мисаила, была издана инструкція поповскимъ старостамъ и протопопамъ, въ которой запрещалось попамъ хоронить у церквей Божіихъ „кто отъ своихъ рукъ обвѣсится, или вина опьется, или въ водѣ купаючись утонетъ, или зарѣжется, или съ качель убьется". Всѣхъ этихъ лицъ велѣно было „класть безъ отпѣванія въ лѣсу или въ полѣ, кромѣ кладбища и убогихъ домовъ". Суровость подобныхъ правилъ бросается въ глаза. „Колыханіе на качеляхъ" принадлежало къ числу бѣсовскихъ игръ; поэтому и смерть лица, упавшаго съ качели, считалась „злою". Но купанье въ водѣ не могло считаться такимъ же грѣхомъ. Поэтому въ инструкціи Московскаго патріарха Адріана (1697 г.) было приказано лишать честнаго погребенія только того, кто утонулъ „играя и похваляясь".

Подводя итогъ изложеннымъ узаконеніямъ и распоряженіямъ, мы въ правѣ сказать, что, ведя борьбу противъ язычества, духовенство подъ видомъ борьбы съ суевѣріями стало проводить въ жизнь свои аскетическія воззрѣнія на добро и зло; преслѣдуя чародѣйство, гаданіе и слѣды язычества, оно

---

[1]) Лебедевъ. Бѣлгородскіе архіереи. Харьковъ. 1902 г. стр. 2 и 9.

стало запрещать такія невинныя удовольствія какъ игру въ шахматы, музыку и качели. Правительство поддалось его вліянію и рѣшилось вынуждать административными мѣрами исполненіе чисто личныхъ христіанскихъ обязанностей; поэтому въ гражданскомъ законодательствѣ сильно расширился объемъ религіозныхъ преступленій.

Кончая отдѣлъ о суевѣрныхъ обычаяхъ, запрещенныхъ Стоглавомъ, мы должны остановиться на нѣкоторыхъ частностяхъ.

Въ числѣ эллинскихъ обычаевъ Стоглавъ упоминаетъ о раскладываніи огня предъ воротами домовъ и торговищъ, причемъ лица, производящія гаданія, проходили черезъ тотъ огонь. Трудно сказать, былъ ли этотъ обычай славянскаго происхожденія, связанный съ культомъ мѣстныхъ боговъ, или занесенъ извнѣ. Намъ только извѣстно, что еще Моисей запретилъ подобное чародѣйство, какъ остатокъ язычества. Но не подлежитъ сомнѣнію, что слѣды этого обычая живы и понынѣ. У многихъ народовъ, населяющихъ Европу, въ ночь на Ивана Купала зажигаются костры, а парни и дѣвки прыгаютъ черезъ огонь.

Затѣмъ нельзя не сказать двухъ словъ объ общей банѣ. Повидимому запретъ Стоглава остался безплоднымъ, ибо общія бани встрѣчались въ теченіе XVI и XVII вѣка. Только въ 1743 г. правительство рѣшилось запретить общія бани; въ 1782 г. соотвѣтствующее положеніе было включено въ Уставъ Благочинія или Полицейскій, откуда оно перешло въ дѣйствующій уставъ пред. и прес. прест. Теперь нарушеніе этого запрета никто не сочтетъ за суевѣрное дѣяніе, подсудное церковному суду; это не болѣе, какъ полицейское нарушеніе, которое едва ли встрѣчается послѣ того, какъ при Александрѣ I общія бани были уничтожены и для каждаго пола устроены отдѣльныя зданія.

Еще болѣе безплоднымъ оказался запретъ Стоглава устраивать пиры на погостахъ. До нашихъ дней эти пиры существуютъ. Въ день всѣхъ Святыхъ, въ Троицкую субботу и въ день храмовыхъ праздниковъ кладбищенскихъ церквей на погостахъ собирается народъ, который, захвативъ съ собою

ѣду, водку и самовары, располагается около родныхъ могилъ. Сцены разыгрываются при этомъ самыя возмутительныя, которымъ на кладбищѣ, конечно, не мѣсто. Больше всѣхъ этими праздниками довольны нищіе, которые собираютъ въ эти дни богатую жатву.

На этомъ мы кончаемъ разборъ постановленій Духовнаго Собора 1551 г. и можемъ перейти къ изложенію различныхъ новеллъ (новоуказныхъ статей) XVII и XVIII вѣка.

24 декабря 1684 г. былъ изданъ законъ, коимъ запрещалось въ повечеріе Рождества Христова и въ продолженіе Святокъ заводить по нѣкоторымъ стариннымъ идолопоклонническимъ преданіямъ „игрища и, наряжаясь въ кумирскія одѣянія, производить по улицамъ пляски и пѣть соблазнительныя пѣсни“. Законъ этотъ вполнѣ подходитъ къ числу тѣхъ административныхъ и церковныхъ распоряженій, которыми нормировалась русская жизнь XVI и XVII вѣка. Борьба противъ кумирскихъ одѣянія и празднованія повечерія Рождества велась духовенствомъ очень давно. Подобное запрещеніе встрѣчается въ Стоглавѣ, въ Царской Грамотѣ 1648 г., въ Приказѣ Верхотурскаго воеводы и въ пастырскихъ посланіяхъ, но лишь въ концѣ XVII вѣка патріарху Іоакиму удалось издать спеціальный законъ, который сохранился въ дѣйствующемъ правѣ въ видѣ ст. 28 уст. пред. прес. прест.

17 апрѣля 1721 г. появился Синодскій законъ [1]), запрещающій „по старинному суевѣрному обычаю купать или обливать водою небывающихъ у заутрени“. Синодъ признавалъ существованіе этого обычая вреднымъ, видя въ немъ слѣдъ язычества: „въ старину былъ нѣкій идолъ Купало, ему же народъ на великъ день приносилъ жертву купаньемъ, о чемъ пространно зрится въ лѣтописцѣ Кіевскомъ“. Законъ этотъ также сохранился и составляетъ ст. 29 уст. пред. и прес. прест.

Возвращаясь къ колдовству, прежде всего изложимъ крестоцѣловальныя записи на вѣрность царямъ Борису Году-

---

[1]) П. С. З. 17 апрѣля 1721 г., № 3771.

нову, Василію Шуйскому и Михаилу Ѳеодоровичу, подробно описывающія то зло, которое якобы можно было причинить людямъ путемъ колдовства. Клятва эта была редактирована слѣдующимъ образомъ: [1]) „а лиха мнѣ Государю, Царицѣ и ихъ дѣтямъ не хотѣли, не мыслити и не дѣлати, ни которою хитростью,—ни въ ѣствѣ, ни въ питьѣ, ни въ платьѣ, ни въ иномъ чемъ никакого лиха не учинити, ни зелья лихаго и коренья не давати и не испортити; да и людей своихъ съ вѣдомствомъ да со всякимъ лихимъ зельемъ и съ кореньемъ не посылати и вѣдуновъ и вѣдуней не добывати на государево лицо и ихъ Государей на слѣду всякимъ вѣдовскимъ мечтаніямъ не испортити, ни вѣдомствомъ по вѣтру никакого лиха не посылати и слѣду не выймати". Кромѣ того вмѣнялось въ обязанность каждому, кто узнаетъ о подобныхъ злыхъ намѣреніяхъ другого человѣка, схватить его или сдѣлать на него доносъ [2]).

Эта присяга выводила, конечно, дѣла о покушеніи противъ личности Государя путемъ колдовства изъ вѣдѣнія духовнаго суда и обращала это дѣло къ общему сыскному порядку.

Въ поясненіе изложенной нами присяги, мы должны сказать, что насылка на вѣтеръ и выборъ слѣда были чародѣйства злыя: они производились съ цѣлью сдѣлать зло человѣку и потому ихъ сильно боялись [3]). Насылка по вѣтру состояла въ томъ, что лихой колдунъ, знавшій искусство возбуждать вѣтры и направлять ихъ куда угодно своими заговорами, производилъ вѣтеръ, потомъ бросалъ по вѣтру пыль и говорилъ при этомъ „чтобъ такъ по вѣтру понесло пыль на такого то человѣка, чтобъ его корчило, мяло, раздувало, сушило и проч. и проч." ... Если обреченная жертва попадалась подъ такой вѣтеръ, то съ нею сбывалось все, чего

[1]) Макаровъ. Древнія и новыя божбы, клятвы и присяги (Труды Общ. Исторіи и Древ. Россіи (кн. I, стр. 184—218).

[2]) А. А. Э. т. II № 10, 44 (III). Доп. къ А. И. т. II № 1 Ак. Юр. № 333. Аѳанасьевъ. Колдовство на Руси. (Современникъ, т. 26, отд. II).

[3]) Костомаровъ. Очеркъ домашней жизни и нравовъ Великорусскаго народа стр. 277. Макаровъ. Древнія и новыя божбы.

желалъ ей колдунъ. Выемка слѣда производилась слѣдующимъ образомъ. Колдунъ, замѣтивъ слѣдъ, заполнялъ его глиной, а затѣмъ вырѣзывалъ заговорнымъ ножемъ. Послѣ этого вырѣзанный слѣдъ клали въ жарко натопленную печь и сушили его. По мѣрѣ того какъ слѣдъ засыхалъ, изсыхалъ и тотъ, изъ подъ чьей ноги онъ былъ взятъ [1]). Чары на слѣдъ состояли въ томъ, что лили отраву въ оставленный на землѣ слѣдъ, если хотѣли извести человѣка, или сыпали на слѣдъ наговорную соль или пепелъ сожоннаго ворота рубашки на землю въ томъ мѣстѣ, гдѣ должно было проходить лицо, расположеніе котораго желали пріобрѣсти [2]). Въ настоящее время вѣра въ чары на слѣдъ совершенно заглохла въ народѣ, но въ XVI и XVII в. она была очень сильна и служила источникомъ многихъ процессовъ.

Послѣднимъ закономъ до Петровской Руси, въ которомъ идетъ рѣчь о колдовствѣ, является грамота царя Ѳеодора Алексѣевича объ учрежденіи Московской Славяно-Греко-Латинской Академіи, данная въ 1680 г. Въ положеніи 5-мъ сей привиллегіи сказано слѣдующее [3]): „Сему нашему отъ насъ Государя устроѐнному училищу быти общему и . . . въ немъ всякія отъ церкви благословенныя, благочестивыя науки да будутъ. А отъ церкви возбраняемыхъ наукъ, наипаче же магіи естественной и иныхъ, такимъ не учити, и учителей таковыхъ не имѣти. Аще же таковые учители, гдѣ обрящутся и они со учениками яко чародѣи безъ всякаго милосердія да сожгутся". Положеніе 14-е не менѣе интересно и важно: „Аще же кто сему нашему царскому повелѣнію явится противенъ и отъ нынѣ начинаетъ кто отъ духовныхъ и мірскихъ всякаго чина людей, волшебныя и чародѣйныя и гадательныя и всякія отъ церкви возбраняемыя и богохульныя и богоненавистныя книги и писанія у себе коимъ ни буде образомъ держати и по онымъ дѣйствовати и иныхъ тому учити, или

---

[1]) Костомаровъ Очеркъ домашняго быта великорусскаго народа, стр. 274. Забѣлинъ. Вѣдовскія дѣла (Альманахъ Комета 1851)

[2]) Древняя и Новая Россія. 1878 г. т. III стр. 158, 240.

[3]) Древняя Росс. Вивліоѳика, изд. Николаемъ Новиковымъ. Изд. 2-е. Москва 1788 г. VI.

и безъ писанія таковая богоненавистная дѣлеса творити, или таковыми злыми дѣлами хвалитися, яко мощенъ онъ таковая творити, и таковый человѣкъ за достовѣрнымъ свидѣльствомъ безъ всякаго милосердія да сожжется" [1]).

О значеніи этого устава въ литературѣ существуетъ разногласіе. Смирновъ въ своей исторіи Славяно-Греко-Латинской Академіи [2]), основываясь на текстѣ этого памятника, утверждаетъ, что это не уставъ, утвержденный государемъ, а лишь проектъ устава. Афанасьевъ, напротивъ, держится иного воззрѣнія и полагаетъ, что это и есть тотъ уставъ, на основаніи котораго жило и развивалось высшее богословское учрежденіе нашей родины. Въ пользу его мнѣнія говоритъ то обстоятельство, что всѣ заговорныя тетрадки посылались въ теченіе XVII и XVIII вѣка Ректору на просмотръ, такъ какъ въ силу изложенныхъ нами положеній Академіи была поручена цензура еретическихъ книгъ и отреченной литературы.

Для насъ этотъ памятникъ важенъ потому, что это единственный дошедшій до насъ свѣтскій законъ, въ которомъ ясно сказано, что чернокнижникъ подлежитъ сожженію вмѣстѣ съ своими учениками и своими книгами. Изъ текста этого закона можно заключить, что сожженіе колдуна является наказаніемъ, принятымъ въ дѣйствующемъ законѣ и въ практикѣ. Поэтому чернокнижникъ, вина котораго также состояла въ знаніи тайныхъ силъ природы, долженъ потерпѣть ту-же участь какъ и колдунъ.

Блестящая эпоха войнъ и преобразованій Петра I не оставила намъ цѣльнаго законодательнаго памятника, такъ какъ работы по составленію новаго уложенія оказались безплодными [3]). Но Великій Государь издалъ нѣсколько регламентовъ, т. е. спеціаеьныхъ кодексовъ, какъ то регламенты военный, морской и духовный. Хотя эти кодексы имѣли цѣлью

---

[1]) Аѳанасьевъ. Миѳол. воззрѣнія славянъ. III, стр. 612.

[2]) Москва. 1855 г. стр. 15.

[3]) П. С. З. 18 февр. 1700 г., 9 дек. 1789 г., 8 авг. 1720 г., 19 февр. 1725 г.

упорядочить устройство и управленіе спеціальныхъ вѣдомствъ, однако они заключаютъ въ себѣ рядъ законоположеній, имѣющихъ также общее значеніе. Въ особенности по вопросамъ о суевѣріи и чародѣйствѣ они содержатъ нѣсколько важныхъ постановленій.

Въ Воинскихъ Артикулахъ и въ Морскомъ Уставѣ въ гл. I. „О страхѣ Божіи“ имѣется строгое запрещеніе идолопоклонства, чародѣйства и чернокнижества. ,,И ежели кто изъ воинскихъ людей найдется идолопоклонникъ, чернокнижникъ, ружья заговоритель, суевѣрный и богохульный чародѣй: оный по состоянію дѣла въ жестокомъ заключеніи, въ желѣзахъ, гоняніемъ шпицрутенъ (или кошками) наказанъ или весьма сожженъ имѣетъ быть.

Толкованіе. Наказаніе сожженія есть обыкновенная казнь чернокнижцамъ, ежели оный своимъ чародѣйствомъ вредъ кому учинилъ или дѣйствительно съ діаволомъ обязательство имѣетъ. А ежели-жъ онъ чародѣйствомъ своимъ никому никакого вреда не учинилъ, обязательства съ сатаною никакого не имѣетъ, то надлежитъ по изобрѣтенію дѣла, того наказать другими вышеупомянутыми наказаніями и притомъ церковнымъ публичнымъ покаяніемъ“.

Въ Морскомъ Уставѣ это толкованіе изложено нѣсколько иначе: „Наказаніе сожженія есть обыкновенная казнь чернокнижцамъ и тѣмъ, которые чрезъ отраву вредъ какой учинятъ или во оныхъ письмахъ или словахъ хула имени Божію или отверженіе отъ онаго найдется. А ежели въ оныхъ письмахъ или словахъ хулы имени Божію и отверженія онаго нѣтъ, но точію суеверные бредни, то подлежитъ и т. д.

Арт. 2. Кто чародѣя подкупитъ или къ тому склонитъ, чтобы онъ кому другому вредъ учинилъ, оный равно такъ, какъ чародѣй наказанъ будетъ“.

Резюмируя эти артикулы, мы находимъ, что новые законы сводятся къ слѣдующимъ основнымъ положеніямъ: 1) Колдовство во всѣхъ формахъ есть преступленіе противъ Бога. 2) Для полнаго состава этого преступленія необходимы слѣдующіе элементы: а) отравленіе или иной вредъ другимъ людямъ, б) хула Богу (на словахъ или на письмѣ), в) обя-

зательство съ дьяволомъ.—3) Только при наличности этихъ элементовъ виновный подвергается истязанію шпицрутенами или кошками и сожженію. 4) Если этихъ отягчающихъ обстоятельствъ нѣтъ, то виновный за суевѣрныя бредни подвергается только тѣлесному наказанію. 5) Подстрекатель долженъ быть наказанъ такъ же, какъ и самъ колдунъ.

Съ точки зрѣнія бытовой настоящія законоположенія требуютъ весьма небольшихъ поясненій. Въ числѣ колдуновъ упоминается „ружья заговоритель". Заговоръ оружія было обычаемъ очень распространеннымъ, въ особенности въ Западной Европѣ, гдѣ въ войскахъ служили наемные солдаты. Полковое начальство боролось противъ этого суевѣрія очень суровыми мѣрами. Въ Германіи были полководцы, безжалостно вѣшавшіе солдатъ, у которыхъ находили самые невинные амулеты. Но борьба эта была довольно безплодна, потому что такіе необразованные люди, какъ солдаты тридцатилѣтней войны, которые жили среди постоянныхъ опасностей и ежедневно ставили свою жизнь на карту, невольно дѣлались суевѣрными. Подобное же суевѣріе было распространено среди русскихъ войскъ. Въ книгѣ: „Ученіе и хитрость ратнаго строенія пѣхотныхъ людей", изданной въ Москвѣ въ 1647 г., говорится: „а на сказанныя идольскія мѣры и на вѣдовство не надѣяться и отъ оружія, и отъ проколотія и отъ стрѣльбы не заговариваться, которое все отъ діавола есть" [1]). Таковое предупрежденіе было вполнѣ понятно, такъ какъ у насъ на Руси навязывали узлы на оружіе, думая сообщать ему такимъ путемъ твердость и уничтожить силу оружія противника. Это видно изъ стариннаго заговора, который сохранился до нашихъ дней: „завяжу я по пяти узловъ всякому стрѣльцу немирному, невѣрному на пищаляхъ, на лукахъ и всякомъ ратномъ оружіи. Вы узлы, заградите стрѣльцамъ всѣ пути и дороги, замкните всѣ пищали, слушайте всѣ муки, повяжите всѣ ратныя оружія, въ моихъ узлахъ сила могуча" [2]).

---

[1]) Карамзинъ.—Ист. Гос. Росс. IX, прим. 268. Сахаровъ. Сказанія русского народа I, стр. 13.

[2]) Костомаровъ. Очеркъ домашней жизни и нравовъ Великорусскаго

Съ тѣхъ поръ много воды утекло, но и въ настоящее время вѣра въ талисманы не исчезла. По словамъ „Вѣстника Манджурской Арміи“ въ карманахъ убитыхъ Японцевъ найдены маленькіе бумажные пакетики, внутри которыхъ китайскими іероглифами написано: „побѣждай, сохраняя тѣло здоровымъ“ [1]).

Для лица, изучающаго вопросъ о суевѣріи, чрезвычайно интересенъ другой памятникъ Петровской эпохи, а именно „Духовный регламентъ“ или, „Уставъ духовной коллегіи“ [2]). Какъ и слѣдуетъ ожидать, этотъ законодательный актъ, посвященный вопросамъ церковнаго управленія, говоритъ не столько о суевѣріяхъ народныхъ, сколько о тѣхъ неправильностяхъ, которыя развились въ средѣ духовенства и вкрались въ церковную службу. Желая искоренить такія злоупотребленія регламентъ вмѣняетъ Духовной Коллегіи въ обязанность наблюдать за жизнью и дѣятельностью духовенства и искоренять замѣченныя беззаконія. Изъ обширнаго списка, напечатаннаго въ Регламентѣ, мы передаемъ только наиболѣе интересные факты и по возможности сохраняемъ слогъ подлинника, который по своей характерности представляетъ особый интересъ.

1. Великое суевѣріе и тщеславіе нѣкіихъ мірскихъ лицъ есть попы въ домъ звать на пѣніе вѣчерни или заутрени (Прибавленіе къ Духовному регламенту) [3]).

2. Вельми срамное и сіе обрѣталося молитвы людямъ, далече отстоящимъ, чрезъ посланниковъ ихъ въ шапку давать.

3. Нѣкоторыя житія святыхъ суть ложно вымышленныя, христіанскому ученію и здравому смыслу противныя.

4. О мощахъ святыхъ, гдѣ какія явятся сумнительные розыскивать, много бо и о семъ наплутовано. Напримѣръ, предлагаются чуждыя нѣкія святаго первомученика Стефана тѣло лежитъ и въ Венеціи на предградіи въ Монастырѣ

народа, стр. 279; у Сахарова напечатано 6 заговоровъ ратнаго человѣка, идущаго на войну. Сказанія Русскаго народа I, стр. 52—57).

[1]) Южный Край. Октябрь, 1904 г.

[2]) П. С. З. 25 января 1721 г. № 3718, ч. 2, пункты 3, 4, 5, 6, 8, 10.

[3]) П. С. З. Май 1722 г. № 4022.

Бенедиктовъ, въ церкви Св. Георгія, и въ Римѣ въ загородной церкви Св. Лавренія; такожъ много гвоздей креста Господня и много млека Пресвятой Богородицы по Италіи и иныхъ симъ подобныхъ безъ числа.

5. Понеже сказуютъ, что нѣцыи Архіереи для вспоможенія церквей убогихъ или новыхъ построенія повелѣвали проискать явленія иконы въ пустынѣ или при источницѣ и икону оную за самое обрѣтеніе свидѣтельствовали быти чудотворную.

6. Есть вымыслы, которые человѣка въ недобрую практику или дѣло ведутъ; напримѣръ, не работать въ пятокъ, ибо пятница гнѣвается,—преданіе Кіево-Печерскаго монастыря, что погребенный тамъ человѣкъ, хотя бы и безъ покаянія умеръ, спасенъ будетъ [1].

[1] Перелистывая журналъ „Руководство для сельскихъ пастырей (1867 г. № 19, 22, 25, 30), мы нашли въ немъ замѣтку Е. К. Думитрашко „О сказаніи какимъ святымъ, каковыя благодати исцѣленія отъ Бога подаются“. При сопоставленіи этой замѣтки съ здравыми мыслями, изложенными въ Духовномъ Регламентѣ невольно возникаетъ вопросъ не „ведетъ“ ли ея авторъ людей „въ недобрую практику“, заставляя ихъ просить исцѣленія болѣзней у спеціальныхъ святыхъ, вмѣсто того, чтобы направить страждущаго къ надлежащему врачу. Списокъ, составленный означеннымъ авторомъ, настолько интересенъ, что мы считаемъ нелишнимъ сдѣлать изъ него небольшую выписку: 1) О прозрѣніи слѣпыхъ очесъ и исцѣленіи отъ болѣзни молятся Пресвятой Богородицѣ Казанской и св. Лонгину схимнику. 2) Объ исцѣленіи отъ головной болѣзни молятся Св. Іоанну Предтечѣ. 3) Объ исцѣленіи отъ зубной болѣзни молятся священномученику Антонію. 4) Объ исцѣленіи отъ трясовичной болѣзни молятся преподобнымъ Мирону и Василію Новому. 5) Объ исцѣленіи отъ грызной болѣзни (грыжа) молятся св. Артемію. 6) О разрѣшеніи безплодства и безчадія молятся преподобному Роману чудотворцу (ноября 21) и преподобному Ипатію чудотворцу (марта 21). 7) Объ освобожденіи отъ труднаго рожденія женъ молятся пресвятой Богородицѣ Ѳедоровской (14 марта) и Св. великомученицѣ Екатеринѣ. 8) О сохраненіи и здравіи младенцевъ молятся Пресвятой Богородицѣ Тихвинской (26 іюня) и преподобному Симеону Богопріимцу (3 февраля). 9) О сохраненіи младенцевъ отъ родимца молятся св. великомученику Никитѣ (15 сентября). 10) Аще возненавидитъ мужъ жену свою, молятся святымъ Гурію, Самону и Авиву (15 ноября). 11) Объ изученіи иконнаго писанія молятся св. Апостолу и Евангелисту Лукѣ (18 октября). 12) О просвѣщеніи разума къ ученію грамотѣ молятся святымъ безсребреникамъ Космѣ и Даміану (1 ноября). 13) О сохраненіи отъ внезапной смерти молятся священно-мученику Садоку (9 октября), св. великомученицѣ Варварѣ (4 декабря) и св. Харлампію (10 октября). 14) Объ избавленіи отъ муки умершихъ безъ покаянія молятся преподобному Паисію

7. Въ Малой Россіи въ полку Стародубскомъ водятъ женку простоволосую подъ именемъ Пятницы, а водятъ въ ходѣ церковномъ и при церкви честь оной отдаетъ народъ съ дары и съ упованіемъ на нѣкія пользы [1]). Такожъ на иномъ мѣстѣ попы съ народомъ молебствуютъ предъ дубомъ и вѣтьвы онаго дуба попъ народу роздаетъ на благословеніе.

Настоящій перечень заканчивается слѣдующимъ общимъ соображеніемъ „словомъ рещи, что либо именемъ суевѣрія нарещися можетъ, сіе есть лишнее, ко спасенію непотребное, на интересъ только свой отъ лицемѣровъ вымышленное". Въ этихъ словахъ заключается опредѣленіе суевѣрія; подъ

великому (19 іюля). 15) Объ избавленіи отъ блудныя страсти молятся преподобному Мартіану (13 февраля), пред. Іоанну многострадальному (18 іюля); преп. Моисею Угрину (26 іюля) и св. мученицѣ Ѳомаидѣ (13 апрѣля). 16) Объ избавленіи отъ виннаго запоя молятся св. мученику Вонифатію (19 декабря) и преп. Моисею Мурину (28 августа). 17) О сохраненіи отъ пожара и молніи молятся Пресвятой Богородицѣ Неопалимой Купины (4 ноября). 18) О бездожіи и ведрѣ молятся святому Иліѣ. 19) Объ избавленіи отъ потопленія и наводненія молятся св. Николаю Чудотворцу (6 декабря и 9 мая). 20) Объ избавленіи отъ скотскаго падежа молятся святителю Модесту (18 декабря) и священномученику Власію (11 февраля). 21) Объ избавленіи отъ конскаго падежа молятся мученикамъ Флору и Лавру (18 августа). 22) О сохраненіи скота отъ снѣденія звѣрей молятся св. великомученику Георгію Побѣдоносцу (23 апрѣля). 23) Объ обрѣтеніи украденныхъ вещей и бѣжавшихъ рабовъ молятся святому великомученику Ѳеодору Тирону (17 февраля) и св. Іоанну Воину (30 іюля). 24) О сохраненіи отъ злаго очарованія молятся св. священно-мученику Купріану и св. мученицѣ Іустинѣ (2 октября).

Въ римско-католической церкви навѣрно имѣется такой же богатый списокъ, только имена приведены другія. Одинъ Антоній Падуанскій стоитъ многихъ. Его помощь призываютъ во всевозможныхъ случаяхъ жизни, но въ особенности при кражѣ или потерѣ вещей.

Нельзя не упомянуть еще объ одномъ обычаѣ, который распространенъ во многихъ губерніяхъ Великой Россіи; когда роды тяжкія и больная не можетъ разрѣшиться отъ бремени, то отворяютъ царскія врата въ мѣстной церкви.

[1]) Вѣра въ св. Пятницу удивительно живуча. Объ этой мнимой Святой упоминается въ Стоглавѣ, но народъ почитаетъ ее и понынѣ, несмотря на то, что церковь постоянно боролась противъ этого страннаго культа. Характерный фактъ сообщенъ въ Запискахъ Гавріила Ивановича Добрынина (С.П.Б. 1872 г. стр. 41). При объѣздѣ своей Епархіи Орловскій Архіерей нашелъ въ г. Кромахъ въ соборной церкви деревянную статую крупной женщины, въ костюмѣ крестьянокъ мѣстнаго уѣзда. Кромскіе жители называли ее Святой Пятницей. Но Владыко распорядился очень круто. Онъ велѣлъ эту статую обшить рогожей и поставить въ колокольню.

такимъ терминомъ составитель Духовнаго Регламента понималъ „все лишнее, ненужное для спасенія души, а придуманное корыстью. Подобное опредѣленіе доказываетъ съ полной очевидностью, что граница между вѣрой и суевѣріемъ чрезвычайно тонка и неопредѣленна по мнѣнію просвѣщеннаго архіерея Ѳеофана Прокоповича, который считается авторомъ Духовнаго Регламента, каждый вѣрующій человѣкъ можетъ молиться въ церкви и у себя дома, не устраивая домашнихъ церквей и не приглашая къ себѣ поповъ; большинство же православнаго духовенства навѣрное будетъ иного мнѣнія по этому вопросу. Ѳеофанъ Прокоповичъ возстаетъ противъ ложныхъ чудесъ, и мнимыхъ святыхъ, полагая, что всякая ложь вредитъ дѣлу церкви; между тѣмъ, какъ видно изъ Духовнаго Регламента, нѣкоторые архіереи держались противоположнаго взгляда, считая своей обязанностью заботиться объ интересахъ ввѣреннаго имъ духовенства, которое безъ чудесъ и явленныхъ иконъ потерпитъ ущербъ въ своихъ доходахъ.

Если мы сравнимъ содержаніе Духовнаго Регламента съ Стоглавомъ, то намъ бросится въ глаза рѣзкая разница. Слѣды язычества не ускользнули отъ вниманія законодателя, но имъ отведено меньшее мѣсто; упоминается только о дѣвкѣ въ крестномъ ходѣ, которая изображаетъ Св. Пятницу, и о молебнахъ подъ дубомъ; но главное вниманіе сосредоточено на тѣхъ злоупотребленіяхъ и обманахъ, которые позволяетъ себѣ православное духовенство, эксплоатирующее легковѣрное и необразованное населеніе самымъ грубымъ способомъ.

Повидимому великій преобразователь Россіи и его просвѣщенный помощникъ, желая вести русскій народъ къ свѣту и культурѣ, рѣшились энергично бороться противъ подобныхъ обмановъ, подрывающихъ уваженіе къ церкви и авторитетъ ея служителей. Поэтому въ томъ же Регламентѣ епископамъ предписывается строго смотрѣть „не проявляются ли скверно-прибытства ложныхъ чудесъ при иконахъ, при кладезяхъ и источникахъ; не обрѣтаются ли кликуши и тѣлеса мертвыя—неосвидѣтельствованныя, а также не дѣлаются

ли суевѣрія. Наконецъ, священникамъ вмѣнено въ обязанность отвращать прихожанъ отъ всякихъ суевѣрій.

Черезъ годъ послѣ изданія регламента былъ опубликованъ спеціальный законъ о подлогѣ святыхъ [1]): „когда кто велитъ для своего интересу или суетной ради славы огласить какое либо чудо притворно священникомъ или хитро чрезъ кликуши, или черезъ другое лицо, или подобное тому прикажетъ творить суевѣріе, то за это подвергается *наказанію тѣлесному и вѣчной ссылкѣ на галеры съ вырѣзываніемъ ноздрей*". Законъ этотъ существуетъ и понынѣ въ ст. 933 улож. наказ. Кара, конечно, замѣнена тюремнымъ заключеніемъ, но существо закона осталось то же, даже редакція не слишкомъ далеко ушла отъ первоисточника. Какъ въ законѣ 1722 г., такъ и въ ст. 933 улож. наказ. описанное преступное дѣяніе должно содержать слѣдующіе существенные элементы: 1) разглашеніе лично или чрезъ другихъ завѣдомо ложно о такомъ чудѣ, котораго въ дѣйствительности не было; 2) искусственную подготовку лично или черезъ другихъ какого либо дѣйствія или явленія, и 3) выдачу таковаго явленія ложно за чудотворное. Слѣдовательно, если виновный самъ вѣрилъ въ разглашаемое имъ чудо, то преступленія нѣтъ [2]).

Изъ числа законовъ Петровской эпохи нельзя не упомянуть новеллы 7 мая 1715 г. № 2906 о кликушахъ. Въ тѣ годы этотъ вопросъ былъ очень острый. Подъ кликушами понимали тогда и понимаютъ теперь больныхъ, истеричныхъ бабъ, которыя клевещутъ на людей, заявляя, что ихъ испортили, т. е. путемъ колдовства привили имъ болѣзни. Обыкновенно это выкликаніе производилось въ церкви и главнымъ образомъ во время пѣнія херувимской. Нерѣдко больная падала на землю и билась въ страшныхъ судорогахъ. Въ старину, когда вѣра въ колдовство была сильная, расправа въ такихъ случаяхъ была короткая: на кого она кликала,

---

[1]) Полн. собр. зак. 12 апрѣля 1722 г. № 532.

[2]) Неклюдовъ, Руководство къ особ. части русскаго уголовнаго права. II, стр. 304.

т. е. кого она оговаривала, брали въ застѣнокъ и подвергали пыткѣ.

Къ концу XVII вѣка кликуши такъ сильно расплодились, что сдѣлались общественнымъ зломъ, а разные интриганы стали пользоваться ими при борьбѣ партій. Все это вынудило Петра Великаго обратить вниманіе на ловкихъ обманщицъ. Закономъ 7 мая 1715 года была измѣнена система допросовъ, принятая по дѣламъ этого рода. По заявленію кликуши дѣло заводилось, но допросъ начинался съ нея, а не съ лица оговореннаго. Поводомъ къ изданію этой новеллы послужилъ случай въ соборѣ Исаакія Далматскаго. Нѣкая Лонгинова выкликала на плотника Григорія, что онъ ее испортилъ, а при допросѣ созналась, что сдѣлала это по злобѣ. Вслѣдствіе этого и было повелѣно: „гдѣ сыщутся кликуши, приводить ихъ въ приказы и розыскивать“. Законъ этотъ оказался весьма благодѣтельнымъ и многихъ избавилъ отъ кнута и пытки, но кликушества онъ въ корнѣ не пресѣкъ. Въ теченіе XVIII вѣка было издано еще 7 Высочайшихъ указовъ по этому вопросу. Духовному суду было предписано въ эти дѣла, представляющія собою простой обманъ, не вступаться и отсылать кликушъ къ свѣтскому суду [1]), а въ 1766 г. [2]) состоялось повелѣніе наказывать кликушъ плетьми.

Нельзя не отмѣтить, что появленіе кликушъ было нерѣдко массовое: въ XVII вѣкѣ въ Шуѣ жило одновременно около 70 кликушъ, которыя держали въ страхѣ весь городъ и служили различнымъ темнымъ личностямъ хорошимъ оружіемъ въ политической борьбѣ; въ 1762 г. [3]) онѣ появились въ большомъ числѣ въ Ростовѣ, а въ 1766 году [4]) десять подобныхъ дѣвокъ были одновременно наказаны плетьми въ Переяславлѣ Залѣсскомъ.

На этомъ мы кончаемъ изложеніе Петровскаго законодательства и переходимъ къ законамъ Анны Іоанновны.

---

[1]) Полн. собр. зак. 25 ноября 1737 г. № 7450.

[2]) Полн. собр. зак. 10 февраля 1766 г. № 12568.

[3]) Полн. собр. зак. 8 октября 1762 г. № 11698.

[4]) Полн. собр. зак. 10 февраля 1766 г. № 12568.

20 мая 1731 г. былъ опубликованъ слѣдующій законъ: „ежели впредь кто, гнѣва Божія не боясь и сего Ея Императорскаго Величества Указа не страшась, станетъ волшебниковъ призывать, или къ нимъ въ домы для какихъ волшебныхъ способовъ приходить или на путѣхъ о волшебствахъ разговоры съ ними имѣть и ученію ихъ послѣдовать, или какіе волшебники учнутъ собою на вредъ или мняще якобы на пользу кому волшебства чинить, и за то оные *обманщики казнены будутъ смертію, сожжены*; *а тѣмъ, которые* для мнимой себѣ душевредной пользы *станутъ ихъ требовать, учинено будетъ жестокое наказаніе, биты будутъ кнутомъ, а иные по важности винъ и смертью казнены будутъ*".

Сравнивая этотъ законъ съ воинскимъ артикуломъ и духовнымъ регламентомъ, мы должны констатировать усиленіе наказанія. По законодательству Петра только сами колдуны подлежали казни и то лишь въ томъ случаѣ, если доказано, что они причинили вредъ ближнему и дозволили себѣ произнести хулу Всевышнему и войти въ связь съ сатаной. Въ законѣ же 1731 г. эти отягчающія обстоятельства совершенно не указаны, поэтому каждый деревенскій знахарь, который лечилъ народъ кореньями и нашептываніемъ, могъ быть сожженъ на кострѣ. Мало того, тѣ лица, которыя къ нему обращались, подлежали жестокому наказанію или даже смертной казни. Такой строгости не знала русская земля ни при Петрѣ, ни въ дореформенное время. Къ сожалѣнію мы не имѣемъ никакихъ данныхъ, чтобы судить, чѣмъ была вызвана такая жестокость. На практикѣ этотъ законъ примѣнялся неоднократно, какъ мы увидимъ ниже изъ дошедшихъ до насъ процессовъ.

Къ счастью для Россіи царствованіе Анны Іоанновны продолжалось недолго, ибо въ 1740 г. смерть закрыла ея очи. Императрица Елизавета внесла милосердіе въ дѣла судовъ, неоднократно смягчала тѣлесныя наказанія и въ теченіе 20 лѣтъ не подписала ни одного смертнаго приговора. За это долгое царствованіе не было опубликовано ни одного закона, касающагося суевѣрія или колдовства. Но сохрани-

лись проекты и планъ для сочиненія новаго уложенія [1]). Въ части IV (проекта 1754 г.) глава 18-я говоритъ о Богохуленіи, 19-я о церковныхъ мятежникахъ, 20-я о колдунствѣ и волшебствѣ. При этомъ проектъ считаетъ самихъ суевѣровъ обманщиками и предписываетъ карать ихъ кнутомъ или плетьми.

Такимъ образомъ въ вопросѣ о колдовствѣ совершился поворотъ, котораго давно добивались образованные люди, твердившіе міру, что нѣтъ никакого колдовства, и что нельзя причинять человѣку вредъ вопреки законамъ природы. Тѣ-же просвѣщенные мыслители объясняли толпѣ, что всѣ знахари и кудесники не болѣе, какъ обманщики и шарлатаны, эксплоатирующіе суевѣрныхъ людей. Съ того момента, когда убѣжденіе въ правотѣ этой мысли стало проникать въ народъ, костры должны были угаснуть, ибо для колдуновъ вмѣстѣ съ прочими мошенниками было отведено мѣсто въ тюрьмѣ.

Эти принципы съ особой яркостью изложены были въ Наказѣ Императрицы Екатерины II, данномъ ею въ 1768 г. коммисіи по сочиненію проекта новаго уложенія. Съ полной убѣдительностью Государыня доказывала всю опасность процессовъ о волшебствѣ, въ которыхъ, благодаря отсутствію фактовъ и массѣ предположеній и подозрѣній, самый порядочный человѣкъ могъ пострадать невинно. Строки, написанныя Императрицей, настолько краснорѣчивы, что ихъ необходимо привести цѣликомъ [2]):

Ст. 497. „Надлежитъ быть очень осторожнымъ въ изслѣдованіи дѣлъ о волшебствѣ и о еретичествѣ. Обвиненіе въ сихъ двухъ преступленіяхъ можетъ чрезмѣрно нарушить тишину, вольность и благосостояніе гражданъ, и быть еще источникомъ безчисленныхъ мучительствъ, если въ законахъ предѣловъ оному не положено. Ибо какъ сіе обвиненіе не ведетъ прямо къ дѣйствіямъ гражданина, но больше къ по-

---

[1]) Полн. Собр. Зак. 24 августа 1754 г. № 10283. Латкинъ. Учебникъ исторіи русскаго права періода Имперіи. С.-П.Б. 1899 г., стр. 452.

[2]) Эта выписка сдѣлана нами по изданію, которое было напечатано въ 1770 г. въ С.-Петербургѣ въ Сенатской типографіи.

нятію, вооображенному людьми о его характерѣ, то и бываетъ оно очень опасно по мѣрѣ простонароднаго невѣжества. И тогда уже гражданинъ всегда будетъ въ опасности для того, что ни поведеніе въ жизни самое лучшее, ни нравы самые непорочные, ниже исполненіе всѣхъ должностей, не могутъ быть защитниками его противу подозрѣній въ сихъ преступленіяхъ".

498. „Царствующу Греческому Императору Мануилу Комнину доносили на протостратора, что онъ имѣлъ умыселъ противъ Царя и употреблялъ къ тому тайныя нѣкоторыя волшебства, дѣлающія людей невидимыми".

499. „Въ Царьградской исторіи пишутъ, что какъ по откровенію учинилось извѣстно, коимъ образомъ чудодѣйствіе престало по причинѣ волшебства нѣкоего человѣка, то и онъ и сынъ его осуждены были на смерть. Сколько тутъ разныхъ вещей, отъ которыхъ сіе преступленіе зависѣло и которыя судіи разбирать надлежало? 1) Что чудодѣйствіе престало, 2) что при семъ пресѣченія чудодѣйствія было волшебство, 3) что волшебство могло уничтожить чудодѣяніе, 4) что тотъ человѣкъ былъ волшебникъ, 5) наконецъ, что онъ сіе дѣйствіе волшебника учинилъ".

500. „Императоръ Өеодоръ Ласкаръ приписывалъ болѣзнь чародѣйству. Обвиняемые въ томъ не имѣли другого средства ко спасенію, какъ осязать руками раскаленное желѣзо и не ожечься. Со преступленіемъ во свѣтѣ самымъ неизвѣстнымъ совокупляли опыты для извѣданія самыя неизвѣстныя".

При такихъ воззрѣніяхъ высшаго правительства не могли, конечно, остаться въ силѣ постановленія Военнаго и Морскаго Регламентовъ, а тѣмъ болѣе законъ 1731 г. Законодательная власть совершенно отвергла колдовство, какъ преступленіе противъ Бога и жизни людей (crimen magiae), и внесло въ Уставъ Благочинія, который былъ опубликованъ 8 апрѣля 1782 г., соотвѣтствующія статьи.

Въ ст. 212 сего устава сказано: „запрещается всѣмъ и каждому учинять лжепредсказанія и предзнаменованія". Статья-же 254-я опредѣляетъ: „Буде кто учинитъ лжепредсказанія или лжепредзнаменованія, да отошлется къ суду и

да учинится съ нимъ какъ въ законѣ написано о лжецѣ". Въ статьѣ этой ясно выражено, что подобное дѣяніе наказывается какъ всякій обманъ, т. е. какъ мошенничество. Такимъ образомъ сіе дѣяніе отнесено къ числу преступленій противъ имущества, а не противъ вѣры, какъ это было прежде. Благодаря этому, въ вѣдѣніе полиціи перешли многіе проступки, подлежавшіе прежде вѣдомству духовному.

Статья 224 того-же устава благочинія представляетъ извѣстный интересъ въ бытовомъ отношеніи, ибо въ ней описаны тѣ обманы и суевѣрныя дѣйствія, къ которымъ прибѣгали наши простонародные колдуны въ XVIII вѣкѣ: „начертаніе на землѣ, куреніе, пуганіе чудовищемъ, воздушныя или водяныя предвѣщанія, толкованіе сновъ, исканіе клада, исканіе видѣній, нашептываніе на бумагу, траву или питье".

На этомъ мы кончаемъ изложеніе исторіи интересующаго насъ вопроса. Мы прослѣдили исторію человѣчества въ теченіе многихъ тысячелѣтій. Болѣе 1200 лѣтъ отдѣляютъ уставъ благочинія отъ постановленія VI Вселенскаго собора и болѣе 3000 лѣтъ отъ законовъ Моисея, но формы колдовства и суевѣрія остались почти тѣ-же самыя. По требованію Саула Эндорская волшебница „искала видѣнія" и вызывала ему тѣнь Самуила; по желанію фараона Іосифъ толковалъ ему сны, въ Греціи и Византіи гадали по облакамъ и водѣ. То-же творилось въ XVIII вѣкѣ на Руси и безусловно творится въ наши дни.

б) Дѣйствующіе законы.

Ознакомившись подробно съ исторіей законодательства, мы можемъ перейти къ изложенію дѣйствующаго законодательства. Намъ остается перечислить немногія статьи закона, въ которыхъ еще сохранилось слово „суевѣріе" и объяснить ихъ происхожденіе.

Въ дѣйствующихъ законахъ Россійской Имперіи о суевѣріи упоминается въ ст. 13 и 19 уст. дух. кон., 28—31, 33—35 уст. пред. и прес. прест., ст. 470, п. 1 прим. 1 уст. благоустройства въ казенныхъ селеніяхъ (т. XII, ч. 2),

115, 234, 933—935, 937, 1671 улож. наказ., 175 уст. наказ.

Права и обязанности духовенства относительно борьбы съ суевѣріемъ изложены въ ст. 18 и 19 уст. дух. кон. и 33—35 уст. пред. и прес. прест. Эти послѣднія статьи имѣютъ свои корни въ духовномъ регламентѣ. Какъ при Петрѣ Великомъ, такъ и теперь, вмѣняется приходскимъ священникамъ въ обязанность отвращать своихъ прихожанъ отъ всякихъ суевѣрій, а архіереямъ поручается постоянно наблюдать за ихъ дѣятельностью и прекращать возникающія суевѣрія своимъ поученіемъ. Гражданское начальство обязано не допускать народъ къ совершенію „суевѣрныхъ обрядовъ" и оказывать духовенству содѣйствіе, если оно къ нему обратится за помощью. Такимъ образомъ мы находимъ въ этихъ статьяхъ новый терминъ „суевѣрный обрядъ". Очевидно, что подъ этимъ словомъ законъ понимаетъ остатки язычества и народные обычаи, которые церкви нежелательны. Примѣры такихъ обрядовъ описаны въ ст. 28 и 29 уст. пред. и прес. прест., а именно кумирскія одѣянія на Рождествѣ и обливаніе на пасхальной недѣлѣ водою лицъ, не бывающихъ у заутрени.

Бо̀льшее практическое значеніе имѣютъ статьи уложенія о наказаніяхъ. Въ общей его части заслуживаетъ нашего особаго вниманія примѣчаніе къ ст. 115 улож. наказ. Содержаніе его слѣдующее: „Если при покушеніи на преступленіе подсудимымъ по крайнему невѣжеству или суевѣрію употреблены были только средства вполнѣ и очевидно недѣйствительныя для совершенія преступленія, какъ то: нашептыванія, наговоры, заклинанія и т. п., то онъ подвергается наказанію какъ за преступный умыселъ". Но такъ какъ умыселъ противъ жизни Государя и членовъ его семьи считается дѣяніемъ наказуемымъ (ст. 242 улож. наказ.), то отсюда слѣдуетъ, что лицо, желавшее околдовать Государя, подлежало бы весьма тяжкой карѣ. Но подобное наказаніе въ наши дни, очевидно, не можетъ быть наложено. Поэтому въ уголовномъ уложеніи (ст. 49 п. 4) прямо сказано, что „покушеніе учинить преступное дѣяніе очевидно негоднымъ

средствомъ, выбраннымъ по крайнему невѣжеству или суевѣрію, не наказуемо". Эта редакція является послѣднимъ словомъ науки. Но прим. къ ст. 115 появилось въ уложеніи лишь послѣ долгой борьбы, и поэтому его исторія достаточно интересна, чтобы на ней остановиться.

Означенное примѣчаніе замѣнило собою ст. 121 уложенія о наказаніяхъ 1845 г., которая гласила слѣдующее: „когда при покушеніи на преступленіе, подсудимымъ сдѣлано все, что онъ могъ считать нужнымъ для приведенія своего намѣренія въ дѣйство, и только по особеннымъ непредвидѣннымъ обстоятельствамъ преднамѣренное имъ зло не совершилось, то онъ наказывается столь же строго, какъ и за совершенное вполнѣ преступленіе". Такимъ образомъ ст. 121 улож. о наказ. 1845 г. наказываетъ злой умыселъ наравнѣ съ совершеннымъ дѣяніемъ, независимо отъ годности или негодности употребленныхъ при покушеніи средствъ. Прим. къ ст. 115 упоминаетъ о суевѣрныхъ дѣйствіяхъ и признаетъ ихъ наказуемыми, если умыселъ совершившаго подлежитъ наказанію (т. е. при дѣйствіяхъ противъ жизни и здоровья Государя и членовъ его семьи). Наконецъ, ст. 49 угол. улож. признаетъ покушеніе съ очевидно негодными средствами ненаказуемымъ.

Если мы отъ текста закона перейдемъ къ теоріи этого вопроса, то найдемъ, что всю обширную литературу можно разбить на 3 группы [1]): 1) теоріи субъективныя, признающія полную наказуемость всѣхъ случаевъ оконченнаго покушенія; 2) объективныя, отрицающія наказуемость всѣхъ покушеній съ негодными средствями, и 3) теоріи смѣшанныя, различающія средства негодныя обсолютно и негодныя относительно. Къ числу средствъ абсолютно негодныхъ относятся и средства суевѣрныя, тогда какъ плохіе инструменты взлома, которыми невозможно вскрыть желѣзный шкафъ, или ничтожная доля опія должны быть признаны лишь средствами негодными по обстоятельствамъ даннаго дѣла. Теоріи субъективныя наказывали злую волю обвиняемаго. Чтобы пояснить,

---

[1]) Таганцевъ. Лекціи I, стр. 721.

до какихъ дебрей можно дойти, придерживаясь этихъ воззрѣній, мы считаемъ нелишнимъ привести отрывокъ изъ разговора извѣстнаго англійскаго ученаго Зельдена [1]: „законы о колдовствѣ, говоритъ онъ, не признаютъ доказаннымъ возможность причиненія вреда такимъ способомъ (т. е. путемъ чаръ), но они караютъ злую волю людей, которые прибѣгаютъ къ подобнымъ средствамъ, желая повредить своимъ ближнимъ. Если бы кто-либо утверждалъ, что онъ въ состояніи убить человѣка тѣмъ, что онъ трижды повернетъ свою шляпу и прокричитъ при этомъ слово „здравствуй", то было бы справедливо издать законъ, коимъ лицо, кричащее съ такою цѣлью „здравствуй" и вертящее свою шляпу, осуждалось бы къ смертной казни чрезъ повѣшеніе". Въ наши дни это воззрѣніе кажется очень своеобразнымъ, но въ свое время съ подобнымъ мнѣніемъ несомнѣнно считались. Діаметрально противоположныя воззрѣнія отстаивалъ Фейербахъ, благодаря энергіи и таланту котораго этотъ вопросъ былъ разработанъ съ должной подробностью. Даже примѣръ, который выбралъ этотъ остроумный ученый, до сихъ поръ не забытъ и приводится всякій разъ, когда заходитъ рѣчь о покушеніи съ негодными средствами. Это дѣло баварскаго пастора Riembauer'а, котораго обвиняли въ томъ, что онъ ходилъ на богомолье съ цѣлью замолить до смерти своего врага.

Переходя отъ общей къ особенной части уложенія о наказаніяхъ, мы должны прежде всего остановиться на главѣ 3-ей VIII раздѣла. Первое мѣсто занимаетъ ст. 933 улож. о наказ., которая подъ страхомъ тюремнаго наказанія запрещаетъ производство ложныхъ чудесъ. Эту статью мы подробно разобрали при обсужденіи Петровскихъ законовъ, такъ какъ она образовалась изъ новеллы, опубликованной 12 апрѣля 1722 г.—Ст. 30 уст. пред. и прес. прест. запрещаетъ лжепредсказанія и лжепредзнаменованія, а ст. 31 запрещаетъ выдавать себя за колдуна и чародѣя и употреблять подобные обманы, основанные на невѣжествѣ и мошенничествѣ. Этимъ

---

[1]) Best. Grundzuge des englischen Beweisrechts. Deutsch v. Marquardsen. 1851. S. 358.

двумъ статьямъ соотвѣтствуютъ ст. 934 и 935 улож. о наказ., но редакція послѣднихъ гораздо точнѣе и опредѣленнѣе. Разница между статьями 30 и 31 не ясна, ибо каждый колдунъ занимается лжепредсказаніями и лжепредзнаменованіями. Если же мы сопоставимъ ст. 934 и 935, то разница будетъ вполнѣ понятна. Первая изъ нихъ говоритъ о колдовствѣ религіозномъ, т. е. о такомъ корыстномъ обманѣ, для совершенія котораго мнимый колдунъ будетъ употреблять предметы, „христіанскому богослуженію посвященные". Статья же 935 говоритъ о колдовствѣ простомъ, которое не соединено съ кощунствомъ и состоитъ въ эксплоатаціи простыхъ и слабоумныхъ людей; сюда отнесена продажа талисмановъ, мнимыя видѣнія и т. п. По мнѣнію Н. А. Неклюдова [1]) для примѣненія ст. 934 необходимы слѣдующія условія: 1) выдача себя за колдуна и чародѣя, т. е. за человѣка, одареннаго даромъ угадывать прошедшее или настоящее, предсказывать будущее и видоизмѣнять теченіе событій; 2) употребленіе для сего шарлатанства предметовъ религіозныхъ или христіанскому богослуженію посвященныхъ, къ числу которыхъ относятся тѣ, которые перечислены въ ст. 221—222 и въ прим. къ ст. 230 улож. наказ.; 3) корыстные виды. Для примѣненія ст. 935 необходима 1) выдача себя за колдуна, 2) представленіе мнимыхъ видѣній или раздача или продажа талисмановъ, т. е. напитковъ, составовъ или вещей, обладающихъ невѣдомою чудесною силой, 3) корыстная цѣль. Только при наличности этихъ отягчающихъ обстоятельствъ могутъ быть примѣнены вышеозначенныя статьи. Простое же гаданіе или ворожба, которыя такъ строго преслѣдовало духовенство и правительство въ XVII вѣкѣ, теперь не наказуемы.

Если бы мы пожелали исторически объяснить происхожденіе этихъ статей, то пришлось бы указать на уставъ Благочинія, ст. 212 и 244 котораго почти буквально воспроизведены въ означенныхъ статьяхъ дѣйствующаго права. Статьи 933—935 стоятъ въ раздѣлѣ VIII уложенія о наказаніяхъ, который посвященъ преступленіямъ и проступкамъ противъ

---

[1]) Руководство къ особенной части русскаго уголовнаго права. II стр. 307.

общественнаго благоустройства и благочинія; но по своему характеру эти дѣянія представляютъ собою особый видъ мошенничества. Поэтому въ раздѣлѣ XII о преступленіяхъ противъ имущества законодатель долженъ былъ вернуться къ вопросу о суевѣріи и указать, что если подсудимый для совершенія обмана употребилъ суевѣрные обряды, то этотъ фактъ считается обстоятельствомъ, отягчающимъ вину (п. 6 ст. 1671 улож. наказ. и 175 уст. наказ.).

Между статьями 934 и 935 съ одной стороны, и ст. 1671 улож. и 175 уст. наказ. есть, однако, существенная разница. По толкованію Неклюдова [1]), двѣ послѣднія статьи примѣнимы въ томъ случаѣ, если обманъ былъ направленъ на надувательство извѣстнаго опредѣленнаго лица, съ цѣлью похитить его собственность; обманъ же, имѣющій цѣлью эксплоатировать людей вообще посредствомъ суевѣрія, подлежитъ наказанію, согласно статьямъ 933—935. Изъ этихъ словъ вытекаетъ, что первыя статьи предусматриваютъ единичные случаи обмана путемъ суевѣрія, а послѣднія—обманъ, обращенный въ ремесло. Къ числу обманщиковъ послѣдняго рода и должны быть отнесены всѣ знахари и колдуны, живущіе на счетъ темнаго люда.

Мы не имѣемъ возможности провѣрять, насколько каждое изъ приведенныхъ законоположеній соотвѣтствуетъ воззрѣніямъ народа, такъ какъ это выходитъ изъ рамокъ настоящаго изслѣдованія, но для иллюстраціи розни, которая существуетъ между закономъ и жизнью, нельзя не привести слѣдующаго характернаго факта. Законъ смотритъ на колдуновъ, какъ на мошенниковъ, а въ Донской Области жители Меленковской станицы ввели штатную должность знахаря, для урегулировинія у себя знахарскаго дѣла. Тѣмъ самымъ сходъ надѣялся 1) предоставить гражданамъ по истинѣ знающаго свою спеціальность знахаря, въ огражденіе отъ массы „шарлатановъ" и 2) сократить аппетиты вольнопрактикующихъ знахарей по части взиманія гонораровъ съ своихъ паціентовъ. Нынѣ муниципальный колдунъ, занимающій этотъ постъ, полу-

---

[1]) Руководство, II, стр. 305.

чаетъ отъ общества одинъ сѣнокосный пай. Лечить же членовъ станичнаго общества онъ обязанъ безплатно [1]).

Если въ Россіи существуютъ штатные знахари, то сибирскимъ инородцамъ и подавно позволено вѣрить въ искусство шамановъ, которые у нихъ являются священниками, колдунами и лекарями; поэтому прим. къ ст. 935 улож. наказ. содержитъ слѣдующее положеніе, которое является исключеніемъ изъ запрета, изложеннаго въ означенной статьѣ: „Именующіе себя чародѣями и кудесниками инородцы сибирскіе и другіе, когда они въ семъ только слѣдуютъ суевѣрнымъ правиламъ своего закона и соединенные съ тѣмъ обряды исправляютъ лишь для своихъ иновѣрныхъ, не подвергаются наказаніямъ, въ сей статьѣ опредѣленнымъ“.

Статья эта должна быть примѣняема не только въ Сибири, но и на всемъ сѣверѣ и въ центральной Азіи, ибо шаманство сильно распространено среди всевозможныхъ народностей монгольскаго происхожденія. Дѣятельность шамановъ однако далеко не безвредна. Докторъ Кребель [2]), хорошо изучившій народную медицину въ Россіи, слѣдующимъ образомъ описываетъ это леченіе: шаманъ приходитъ въ юрту, разводитъ по срединѣ огонь и начинаетъ заклинать черта (шайтана), который наслалъ болѣзнь; шаманъ бьетъ въ барабанъ, молитъ, стонетъ, кричитъ, и дойдя до полнаго экстаза, падаетъ въ изнеможеніи на землю; когда онъ успокоится, то заявляетъ, что шайтанъ требуетъ жертву въ видѣ коровы, быка, лошади и т. п. Требуемая жертва сейчасъ же приносится. Но иногда шайтанъ велитъ украсть скотину и указываетъ, какой масти. Хозяинъ юрты долженъ подчиниться этому требованію и совершить кражу; однако на слѣдующій день онъ идетъ къ собственнику и сознается ему въ совершенномъ преступленіи.

Чтобы закончить VIII-й раздѣлъ уложенія, намъ осталось разсмотрѣть вопросъ о кликушахъ, которому посвящена ст. 937. Она редактирована въ слѣдующихъ выраженіяхъ:

---

[1]) Южный край, 1 апрѣля 1904 г.

[2]) Леманъ, Исторія суевѣрій. М. 1900 г., стр. 28. Ѳ. К., Алтайскіе калмыки (Сибир. Вѣстн. 1887 г.).

„Такъ называемыя кликуши, которыя дѣлаютъ на кого либо извѣты, утверждая, что онъ причинилъ имъ зло, будто бы посредствомъ чародѣйства, подвергаются за сей злостный обманъ заключенію въ тюрьмѣ на время 4 до 8 мѣсяцевъ". Опредѣленіе кликушества мы находимъ также въ п. 3 прим. къ ст. 470 уст. о благоустройствѣ въ казенныхъ селеніяхъ (т. XII ч. 2 изд. 1857), гдѣ указано, что „подлежатъ уголовному суду такъ называемыя кликуши, клевещущія на другихъ, будто бы они причинили имъ зло посредствомъ ворожбы или злыхъ духовъ[1])". Сопоставляя эти двѣ статьи, мы находимъ, что первая изъ нихъ говоритъ о злостномъ обманѣ, а вторая о клеветѣ. Въ сущности это одно и то же, ибо преступленіе, именуемое кликушествомъ, состоитъ въ томъ, что подсудимая завѣдомо ложно обвиняетъ кого либо въ порчѣ ея здоровья. Это положеніе было подробно развито уголовнымъ кассаціоннымъ департаментомъ Сената въ его рѣшеніи за 1874 г. № 432 по дѣлу Бердниковой. При этомъ Сенатъ призналъ, что если злостнаго обмана нѣтъ, т. е. если страданія женщины дѣйствительны, и она искренне приписываетъ ихъ чародѣйству извѣстнаго лица, то такое дѣяніе не наказуемо. Такое воззрѣніе вполнѣ согласно съ выводами науки. Кликушество, какъ и всякое патологическое и соціальное явленіе, давно уже сдѣлалось предметомъ наблюденій психіатровъ, которымъ удалось выяснить, что оно коренится не въ одной лжи. Докторъ Штайнбергъ [2]), который спеціально занимался настоящимъ вопросомъ, перечисляетъ слѣдующія причины этого страданія: бѣдность нашего крестьянства, благодаря которому большинство живетъ въ дурныхъ гигіеническихъ условіяхъ, а женщины обременены непосильнымъ трудомъ, многочисленныя нервныя болѣзни, невѣжество и распространенная вѣра въ колдовство. Но при всестороннемъ изученіи этого вопроса мы должны сказать, что среди кликушъ и понынѣ есть цѣлый рядъ обманщицъ, относительно

[1]) Таганцевъ, Лекціи. I, стр. 726.

[2]) Кликушество и его судебно-медицинское значеніе (Архивъ Суд. мед. 1870 г. № 2).

которыхъ было вполнѣ доказано, что онѣ клеветали на людей самымъ безцеремоннымъ образомъ. Поэтому въ практикѣ современныхъ русскихъ судовъ можно найти рядъ дѣлъ [1]), въ коихъ подсудимыя были обвинены по ст. 937 улож. наказ. и наказаны тюремнымъ заключеніемъ.

Намъ остается сказать нѣсколько словъ о двухъ статьяхъ, занимающихъ особое мѣсто въ дѣйствующемъ уложеніи о наказаніяхъ. До сихъ поръ мы говорили о колдунахъ и кликушахъ, обманывающихъ сѣрый народъ. Для колдуновъ суевѣріе было средствомъ для достиженія своей корыстной цѣли; для кликушъ—средствомъ, чтобы погубить ненавистнаго человѣка. Колдунъ и кликуши не суевѣрны, они только эксплоатируютъ суевѣріе другихъ лицъ. Теперь же мы перейдемъ къ преступленіямъ, которыя совершены исключительно по той причинѣ, что самъ преступникъ былъ суевѣренъ.

На первомъ мѣстѣ необходимо поставить ст. 234 улож. наказ., которая говоритъ о разрытіи могилъ. Статья эта крайне суровая и караетъ виновнаго въ совершеніи сего преступленія каторожной работой до 12 лѣтъ. Вторая ея часть уменьшаетъ наказаніе до ссылки на поселеніе, если разрытіе могилы совершено для какихъ либо суевѣрныхъ дѣйствій. Строгость наказанія, назначеннаго въ настоящей статьѣ, объяснятся тѣмъ обстоятельствомъ, что законъ о разрытіи могилъ былъ опубликованъ въ 1772 г. послѣ чумы. Правительство всѣми мѣрами старалось предупредить возобновленіе ужасной болѣзни и, конечно, запретило строжайше разрытіе могилъ. Но острое время прошло, а практика показала, что очень часто могилы разрываются изъ суевѣрныхъ побужденій. Случаи эти были настолько часты, что при составленіи улож. наказ. 1845 г. они были особенно оговорены, а при составленіи проекта новаго уголовнаго уложенія та же оговорка была сохранена по указанію Св. Синода [2]). Оговорка эта безусловно необходима, ибо изъ всѣхъ преступленій, совершаемыхъ по

---

[1]) См. мою книгу, Суевѣріе и Уголовное Право, стр. 133.

[2]) См. Проекты изд. 1895, 1896 и 1904 гг. (изд. Таганцева), стр. 159.

суевѣрію, разрытіе могилъ встрѣчается чаще всего. Народъ нашъ вѣритъ, что на селѣ происходитъ моръ и болѣзни, если на кладбищѣ похороненъ колдунъ, самоубійца, пьяница или иное лицо, умершее безъ исповѣди или лишенное церковнаго погребенія. Подобное лицо упырь, или вардулакъ, не находитъ покоя въ сырой землѣ, бродитъ по свѣту, высасываетъ кровь у живыхъ людей и тянетъ ихъ за собою въ гробъ. Желая себя оградить отъ его посѣщенія, крестьяне разрываютъ могилу умершаго бывшаго колдуна, поворачиваютъ трупъ лицомъ внизъ и вбиваютъ ему осиновый колъ въ спину. Въ Западномъ Краѣ, въ Польшѣ и Пруссіи крестьяне распоряжаются нѣсколько иначе. Они отрубаютъ у трупа голову и кладутъ ее между ногами. На Югѣ Россіи крестьяне приписываютъ бездождіе вліянію скоропостижно умершихъ. Поэтому они нерѣдко разрываютъ могилу и поливаютъ трупъ водой; если-же это средство не дѣйствуетъ, то трупъ просто выбрасываютъ въ глухое мѣсто, ибо его пребываніе на сельскомъ кладбищѣ можетъ оказать вредъ мѣстнымъ полямъ. Ко всѣмъ этимъ повѣрьямъ надо прибавить, что части трупа служатъ талисманами цѣлебнаго и иного свойства [1]). Все это, вмѣстѣ взятое, доказываетъ, что могилы нерѣдко разрывались суевѣрными людьми. Преступленіе это въ прежніе годы находилось въ вѣдѣніи церкви, согласно церковному уставу Владиміра, и она всячески боролась противъ подобныхъ злодѣяній. Еще въ XIII вѣкѣ Серапіонъ Владимірскій [2]) убѣждалъ свою паству въ томъ, что мертвые не могутъ причинить людямъ никакихъ бѣдствій, но вѣра въ упырей жива и понынѣ.

Послѣдняя статья дѣйствующаго уложенія, имѣющая отношеніе къ данному вопросу,—это 1469-я. Она говоритъ слѣдующее: „Кто, въ случаѣ когда какою-либо женщиною будетъ рожденъ младенецъ чудовищнаго вида или даже не имѣющій человѣческаго образа, вмѣсто того, чтобы донести о семъ надлежащему начальству, лишитъ сего урода жизни,

---

[1]) См. мою книгу. Суевѣріе и уголовное право, стр. 80.

[2]) Макарій. Исторія русской церкви, т. V, стр. 274.

тотъ за сіе, по невѣжеству или суевѣрію, посягательство на жизнь существа, рожденнаго отъ человѣка и слѣдственно имѣющаго человѣческую душу, приговаривается: къ лишенію всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ и къ ссылкѣ на житье въ Сибирь или къ отдачѣ въ исправительныя арестантскія отдѣленія по 5-й степени ст. 31 уложенія". Статья эта согласована съ ст. 823 и 880 уст. врачеб. Первая изъ нихъ запрещаетъ бабкѣ убійство подобнаго урода, а вторая угрожаетъ ей денежнымъ штрафомъ, если она не донесетъ обо всемъ акушеру и врачебной управѣ. Эти 3 статьи, находящіяся между собою въ тѣсной связи, образовались изъ закона 28 сентября 1704 года [1]), въ которомъ подобное убійство запрещалось подъ страхомъ смертной казни. Слово суевѣріе было включено въ эту статью вѣроятно при составленіи уложенія 1845 г., потому что въ первоначальномъ законѣ оно отсутствуетъ. Указаніе на суевѣріе вполнѣ умѣстно, ибо въ народѣ живо повѣрье о томъ, что карлики, живущіе подъ землею, похищаютъ новорожденныхъ дѣтей и замѣняютъ ихъ своими исчадіями— уродами. Этимъ повѣрьемъ и объясняется возможность подобныхъ убійствъ.

(Окончаніе слѣдуетъ)

А. Левенстимъ.

---

[1]) П. С. З. 1704 г. № 1964.

КЪ ВОПРОСУ О ЛИКВИДАЦІИ СЕРВИТУТНЫХЪ ОТНОШЕНІЙ.

Возникновеніе сервитутнаго вопроса.

Сорокъ лѣтъ тому назадъ—въ 1865 году—графъ Муравьевъ Виленскій, по распоряженію котораго право пастьбы скота на помѣщичьихъ земляхъ было укрѣплено за крестьянами въ видѣ сервитута, впервые возбудилъ вопросъ о ликвидаціи сервитутныхъ отношеній.

Поучительная исторія безплодности разрѣшенія этого вопроса до настоящаго времени представляетъ, какъ мнѣ кажется, во 1-хъ, наиболѣе яркій примѣръ того, насколько даже самое ничтожное смѣшеніе юридическихъ понятій, вкравшееся въ первоначальную постановку всякаго даннаго политическаго вопроса, служитъ не только источникомъ неисчислимыхъ затрудненій при разрѣшеніи послѣдняго, но и приводитъ къ полной невозможности самаго разрѣшенія. На этомъ же примѣрѣ, во 2-хъ, можно въ тысячу первый разъ подтвердить то основное положеніе, что при разрѣшеніи всякаго политическаго вопроса необходимо прежде всего разобраться въ юридической природѣ всѣхъ тѣхъ гражданскихъ отношеній, изъ которыхъ онъ составляется. Наконецъ, въ 3-хъ, примѣръ безпомощнаго состоянія сервитутнаго вопроса, запутавшагося въ лабиринтѣ ошибокъ, преемственно получаемыхъ послѣдующимъ Совѣщаніемъ изъ трудовъ предшествующаго,—представляется, мнѣ кажется, съ одной стороны,—наиболѣе убѣдительнымъ доводомъ противъ системы

регулированія гражданскихъ правоотношеній на политической почвѣ разновѣдомственныхъ Совѣщаній, а съ другой— наилучшимъ доказательствомъ необходимости направленія заботъ въ разрѣшеніи всякаго запутавшагося вопроса не столько къ измѣненію состава даннаго Совѣщанія, сколько къ измѣненію самыхъ основаній, принятыхъ при постановкѣ вопроса.

Попытки разрѣшенія сервитутнаго вопроса. Обзоръ трудовъ Коммисіи т. с. Стишинскаго.

Вызванные къ жизни необходимостью въ привлеченіи крестьянскаго рабочаго населенія на помѣщичьи земли, вслѣдствіе массовыхъ побѣговъ крестьянъ послѣ Люблинской уніи 1569 года, сервитуты въ западномъ краѣ возникли первоначально на чисто договорныхъ началахъ. Предоставленіемъ сервитутныхъ пользованій на своихъ земляхъ, въ разныхъ видахъ, помѣщики уравновѣшивали крестьянамъ недостатокъ и однообразіе продуктовъ тѣхъ земель, которыя были отведены въ ихъ постоянное владѣніе. Видимымъ знакомъ этихъ договорныхъ отношеній являлись такъ называемые „инвентари“. Попытки, засимъ, со стороны помѣщичьяго класса къ отобранію отъ крестьянъ предоставленныхъ имъ по инвентарямъ льготъ и угодій, послѣ того какъ преимущественное положеніе этого класса окрѣпло, вызвало вмѣшательство законодательной власти, и законами—1844 года, объ обязательномъ веденіи инвентарей, и Инвентарными Правилами 1847 года—сервитуты были введены въ сферу признанныхъ государствомъ правоотношеній. Нѣкоторый перерывъ въ законодательной регламентаціи сервитутныхъ отношеній, вызванный недомолвкой освободительнаго акта 1861 года и повлекшій за собой распоряженіе генералъ-губернатора графа Муравьева о внесеніи сервитутныхъ правъ въ выкупные акты (узаконенное въ 1869 г.), не имѣетъ значенія для опредѣленія юридической природы этихъ отношеній по существу. Однако въ историческомъ ходѣ событій этотъ перерывъ несомнѣнно игралъ весьма значительную роль, такъ какъ засло-

нилъ въ глазахъ современниковъ эту природу, въ качествѣ института гражданскаго права, и придалъ сервитутнымъ отношеніямъ окраску лишь извѣстнаго экономическаго фактора, тормозящаго въ своемъ неопредѣленномъ видѣ, при измѣнившемся правовомъ положеніи крестьянъ, веденіе крупнаго хозяйства и требующаго уничтоженія съ точки зрѣнія помѣстнаго класса.

Вызванному этими соображеніями возбужденію со стороны графа Муравьева вопроса о ликвидаціи сервитутныхъ отношеній, по несчастному стеченію обстоятельствъ, немного предшествовало въ 1864 году возбужденіе по тѣмъ же соображеніямъ вопроса со стороны Кіевскаго генералъ-губернатора Анненкова—объ обязательномъ разверстаніи крестьянскихъ и помѣщичьихъ земель и уничтоженіи черезполосности вмѣстѣ со связанными съ послѣдней разными видами совмѣстнаго пользованія угодіями.

Это хронологическое и помѣстное совпаденіе двухъ ходатайствъ, построенныхъ на одинаковыхъ по политическому свойству соображеніяхъ, окончательно рѣшило судьбу сервитутнаго вопроса, который, по смѣшенію юридическихъ понятій, былъ пристегнутъ къ вопросу о черезполосности. Послѣдствіемъ сего явилась непрерывная совмѣстная разработка этихъ двухъ вопросовъ, не приведшая до настоящаго времени ни къ какимъ результатамъ.

Въ 1891 году особое совѣщаніе подъ предсѣдательствомъ Министра Внутреннихъ Дѣлъ, воспринимая труды предшествующихъ совѣщаній, уже категорически поставило упраздненіе сервитутовъ въ тѣсную связь съ разверстаніемъ угодій. При этомъ былъ установленъ и принципъ обязательности замѣны сервитутовъ при государственномъ межеваніи. Попытки къ выработкѣ надлежащихъ въ этомъ направленіи и на этихъ основаніяхъ правилъ послѣдовали со стороны Министерства В. Д. въ 1899 и 1900 г.г. и, наконецъ, предварительно внесенія выработанныхъ правилъ въ Государственный Совѣтъ, состоялось въ 1903 году для ихъ окончательнаго пересмотра новое особое совѣщаніе подъ предсѣдательствомъ т. с. Стишинскаго, завершившее кодификаціонную работу своихъ предшественниковъ.

Соображенія этого заключительнаго совѣщанія сведены его предсѣдателемъ къ разрѣшенію слѣдующихъ шести вопросовъ:

1) Слѣдуетъ ли признать необходимымъ и безотлагательнымъ упраздненіе пастбищныхъ и другихъ сервитутовъ?

2) Слѣдуетъ ли признать необходимымъ и безотлагательнымъ разверстаніе крестьянскихъ и помѣщичьихъ угодій?

3) Въ случаѣ утвердительнаго отвѣта на первые два вопроса, слѣдуетъ ли установить обязательныя, въ силу закона, упраздненіе сервитутовъ и разверстаніе угодій, или, какъ и нынѣ, предоставить это добровольному соглашенію сторонъ, ограничившись лишь установленіемъ какихъ либо особыхъ правилъ, облегчающихъ сторонамъ заключеніе добровольныхъ по сему предмету сдѣлокъ?

4) Въ случаѣ установленія обязательныхъ ликвидаціи сервитутныхъ отношеній и разверстанія угодій, надлежитъ ли означенныя двѣ операціи производить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ совмѣстно, или допустить осуществленіе ихъ независимо одна отъ другой?

5) Не слѣдуетъ ли предоставить сторонамъ срокъ, въ теченіе коего, предварительно обязательнаго упраздненія сервитутовъ и разверстанія угодій, онѣ могутъ вступать въ добровольныя соглашенія?

6) Какія основанія слѣдуетъ принять для установленія размѣра вознагражденія крестьянъ за прекращеніе пользованія предоставленными имъ сервитутами?

По первому изъ поставленныхъ вопросовъ, совѣщаніе находило, что наиболѣе распространеннымъ *и при томъ существеннымъ по извлекаемой изъ него крестьянами пользѣ* видомъ сервитутнаго пользованія является пастбищный сервитутъ, состоящій: а) въ обоюдномъ крестьянъ съ помѣщикомъ правѣ пастьбы скота на поляхъ общаго сѣвооборота, когда они находятся въ пару и послѣ уборки съ нихъ хлѣбовъ, извѣстномъ въ Юго-Западномъ краѣ подъ именемъ толоки и осуществляемомъ на основаніи закона 4 апрѣля 1865 г., а въ Сѣверо-Западныхъ и Бѣлорусскихъ губерніяхъ внесенномъ въ выкупные документы безъ особаго наименованія; б) въ

одностороннемъ правѣ крестьянъ пасти скотъ на владѣльческихъ поляхъ и в) въ пастьбѣ скота крестьянами по лѣсамъ, зарослямъ, болотамъ и другимъ некультурнымъ угодіямъ владѣльческихъ имѣній. *Неисчислимый вредъ, приносимый этого рода сервитутнымъ пользованіемъ* сельскому и лѣсному хозяйству и вызывающій вмѣстѣ съ тѣмъ постоянныя недоразумѣнія между владѣльцами недвижимой собственности и сервитутовладѣльцами, по мнѣнію Совѣщанія, *общеизвѣстенъ* и неоднократно засвидѣтельствованъ какъ мѣстными властями и учрежденіями, такъ и высшими государственными установленіями.

Указавъ, засимъ, на лишеніе *помѣщика*, вслѣдствіе крестьянскаго права толоки, возможности вводить въ имѣніи многопольное хозяйство, на происходящія при попыткахъ къ послѣднему безпорядки, *на стѣсненіе помѣщика* пастьбой крестьянскаго скота на его поляхъ и лугахъ и на порчу лѣсовъ допущеніемъ въ нихъ пастьбы,—Совѣщаніе признало пастбищные сервитуты *государственнымъ зломъ, задерживающимъ общее экономическое значеніе* всего Западнаго края, и нашло, что упраздненіе сервитутовъ, съ соразмѣрнымъ за ихъ утрату вознагражденіемъ крестьянъ, несомнѣнно укрѣпитъ въ сельскомъ населеніи сознаніе незыблемости законныхъ правъ земельныхъ собственниковъ, при чемъ самое вознагражденіе, будь оно земельное или денежное, дастъ сему населенію возможность утвердить и свое благосостояніе на болѣе прочныхъ, чѣмъ нынѣ, основаніяхъ. Поэтому Совѣщаніе пришло къ заключенію, что упраздненіе пастбищныхъ сервитутовъ является давно назрѣвшей потребностью, и что осуществленіе этой необходимой въ государственныхъ интересахъ мѣры желательно въ возможно непродолжительномъ времени.

Затѣмъ Совѣщаніе констатировало ничтожность прочихъ видовъ сервитутовъ, къ каковымъ отнесло: сборъ въ помѣщичьихъ лѣсахъ ягодъ, грибовъ и др. лѣсныхъ плодовъ, право постановки бортей, ловлю рыбы и раковъ, ломку камня на общихъ выгонахъ, право охоты. Однако *совѣщаніе выдѣлило въ особо вредную категорію сервитуты лѣсные* (полученіе крестьянами изъ владѣльческихъ лѣсовъ топлива, деревьевъ

на постройку и починку строеній и другихъ лѣсныхъ матеріаловъ) и признало ликвидацію таковыхъ столь же необходимой, какъ и пастбищныхъ.

Установивъ по второму вопросу крайній вредъ черезполосности въ экономическомъ отношеніи для обѣихъ сторонъ и отмѣтивъ создаваемое ею эксплоататарское отношеніе землевладѣльцевъ къ покупаемымъ имѣніямъ, Совѣщаніе признало, что такой порядокъ можетъ измѣнить только разверстаніе, на ряду съ упраздненіемъ сервитутовъ. При этомъ представитель Министерства Юстиціи—П. Н. Милютинъ—заявилъ, что поземельное устройство крестьянъ, на основаніи положеній 19 февраля 1861 года, надлежитъ почитать завершеннымъ; крестьяне переведены въ разрядъ собственниковъ, и томы IX и X свода законовъ въ правовомъ отношеніи объединены (?). Поэтому уничтоженіе черезполосности крестьянскихъ надѣльныхъ земель съ помѣщичьими возможно признать необходимымъ только въ томъ случаѣ, если это признаніе вытекаетъ изъ интересовъ государственныхъ, а не имѣетъ лишь цѣлью соблюденія частныхъ интересовъ одной изъ сторонъ.

Заявленіе это въ устахъ представителя Министерства Юстиціи слѣдуетъ считать особенно характернымъ!

Совѣщаніе признало по этому поводу, что, въ виду приведенныхъ въ журналѣ соображеній, уничтоженіе черезполосности въ Западномъ краѣ, гдѣ она существуетъ повсемѣстно и во многихъ мѣстахъ проявляется весьма рѣзко, представляется мѣрою необходимою именно въ интересахъ государственныхъ.

Въ разрѣшеніи третьяго вопроса, Совѣщаніе пришло къ заключенію, что за безплодностью предоставленія до сего времени возможности добровольныхъ соглашеній, слѣдуетъ теперь установить обязательныя ликвидацію сервитутныхъ отношеній и уничтоженіе черезполосности въ силу закона на основаніи особыхъ для сего правилъ, при чемъ надлежитъ предоставить обѣимъ сторонамъ одинаковыя права по заявленію требованій объ уничтоженіи черезполосности, а также признать равноправность сторонъ и въ отношеніи заявленія

требованій о раздѣлѣ общихъ пастбищъ и выгоновъ. Затѣмъ, вслѣдствіе заявленія нѣкоторыхъ членовъ о существенныхъ затрудненіяхъ на практикѣ при разверстаніи въ неосушенныхъ имѣніяхъ Пинскаго уѣзда, Совѣщаніе, *„чтобы не поставить въ такихъ случаяхъ крестьянскія учрежденія въ затруднительное положеніе"*, какъ выразились эти члены, нашло, что въ неосушенныхъ полѣсскихъ имѣніяхъ Западнаго края крестьянскія учрежденія въ правѣ отказывать въ производствѣ обязательнаго разверстанія по требованію одной изъ сторонъ, если таковое, по мѣстномъ изслѣдованіи, будетъ признано невозможнымъ по топографическимъ условіямъ; но съ тѣмъ, чтобы требованіе о разверстаніи могло быть вновь возбуждено, какъ только означенныя условія, въ зависимости отъ тѣхъ или другихъ причинъ, измѣнятся къ лучшему, и разверстаніе окажется возможнымъ. Наконецъ, въ силу принципа о необходимости отмѣны сервитутовъ въ интересахъ государственной пользы, Совѣщаніе пришло къ заключенію предоставить право заявлять требованія объ отмѣнѣ сервитутовъ въ одинаковой мѣрѣ какъ собственникамъ обремененныхъ сервитутами угодій, такъ и сервитуто-владѣльцамъ.

По четвертому вопросу—о томъ, слѣдуетъ ли обязательно соединять ликвидацію сервитутныхъ отношеній и разверстаніе, или возможно допустить заявленіе требованій о производствѣ этихъ операцій независимо одна отъ другой, Совѣщаніемъ было принято во вниманіе, что нѣкоторые виды пастбищнаго сервитута, а именно—толока и обоюдное помѣщиковъ право пастьбы скота на поляхъ общаго сѣвооборота—органически связаны съ черезполосностью угодій и являются неизбѣжнымъ ея послѣдствіемъ, и что поэтому уничтоженіе черезполосности безъ отмѣны упомянутыхъ видовъ сервитутнаго пользованія, равно какъ упраздненіе послѣднихъ безъ разверстанія угодій немыслимы. Въ виду сего, Совѣщаніе не признало возможнымъ допустить въ имѣніяхъ, обремененныхъ толокою и обоюднымъ владѣльца и крестьянъ правомъ пастьбы скота, подачи и осуществленія заявленій сторонъ объ отмѣнѣ этихъ сервитутовъ и о разверстаніи отдѣльно и полагало обязательно соединять производство той и другой операціи во

всѣхъ безъ исключенія случаяхъ. Что касается другихъ видовъ пастбищнаго сервитута, а также сервитутовъ лѣсныхъ, то, такъ какъ они не имѣютъ тѣсной связи съ черезполосностью и происхожденіе ихъ ею не обусловливается, по мнѣнію Совѣщанія, вполнѣ возможна самостоятельная ликвидація такихъ сервитутныхъ отношеній независимо отъ разверстанія, равно какъ производство этого послѣдняго безъ нарушенія правъ сервитуто-владѣльцевъ. Въ силу этого, предсѣдатель и большинство членовъ совѣщанія полагали: предоставивъ усмотрѣнію сторонъ заявленіе требованій объ одновременномъ производствѣ ликвидаціи сервитутныхъ отношеній и разверстанія, допустить также подачу отдѣльныхъ заявленій какъ объ отмѣнѣ сервитутовъ, кромѣ толоки и обоюднаго права пастьбы скота на чрезполосныхъ поляхъ общаго сѣвооборота, такъ и объ уничтоженіи чрезполосности; но въ тѣхъ случаяхъ, когда, при заявленіи помѣщикомъ требованія только объ упраздненіи сервитутовъ, крестьяне, съ своей стороны, заявятъ о разверстаніи угодій,—оба эти дѣйствія производятся совмѣстно.

Кромѣ допущенія въ данномъ случаѣ Совѣщаніемъ раздѣленія общаго понятія толоки на два (толока и обоюдная пастьба крестьянъ и помѣщика на поляхъ общаго сѣвооборота—одно и то же), я позволю себѣ сейчасъ же отмѣтить и констатированіе Совѣщаніемъ того обстоятельства, что толока является неизбѣжнымъ послѣдствіемъ чрезполосности угодій и органически связана съ таковой. Замѣчаніе это пригодится мнѣ въ послѣдствіи.

По вопросу объ установленіи, предварительно обязательнаго упраздненія сервитутовъ и уничтоженія чрезполосности, срока для добровольныхъ соглашеній, мнѣнія членовъ совѣщанія раздѣлились. Интересно при этомъ мнѣніе, высказанное графомъ Г. Установивъ безполезность назначенія срока вслѣдствіе полной невозможности добровольнаго разверстанія угодій и сервитутовъ изъ за непомѣрныхъ требованій крестьянъ, графъ Г. находилъ, что если, тѣмъ не менѣе, будетъ признано необходимымъ установить такой срокъ, то нужно ограничиться самымъ краткимъ сро-

комъ и при томъ, въ видѣ угрозы крестьянамъ, возстановить по истеченіи этого срока дѣйствіе нѣкоторыхъ статей мѣстнаго для Юго-Западнаго края положенія, напр.— статьи 18.

Заключенія Совѣщанія по послѣднему (6) вопросу, какъ касающіяся чисто практической стороны опредѣленія равноцѣнности замѣняемыхъ угодій и отмѣняемыхъ сервитутовъ, для моей задачи не имѣютъ значенія, хотя быть можетъ въ будущемъ законодательствѣ эта часть трудовъ коммисіи т. с. Стишинскаго окажется наиболѣе полезнымъ матеріаломъ. Поэтому я ограничусь лишь приведеніемъ полностью вступительныхъ соображеній Совѣщанія по этому вопросу, какъ наиболѣе характерныхъ и знаменательныхъ.

„Обращаясь къ обсужденію послѣдняго изъ поставленныхъ принципіальныхъ вопросовъ—на какихъ основаніяхъ слѣдуетъ вознаградить крестьянъ за отмѣну сервитутовъ— Совѣщаніе находило, что правильное и безобидное для обѣихъ сторонъ разрѣшеніе этого вопроса имѣетъ особо важное въ настоящемъ дѣлѣ значеніе и, вмѣстѣ съ тѣмъ, сопряжено съ существенными затрудненіями, главнымъ образомъ, въ отношеніи пастбищныхъ сервитутовъ. На основаніи мѣстныхъ положеній 19 февраля 1861 года и Высочайшихъ указовъ 1 марта и 30 іюля 1863 года, циркулярными распоряженіями генералъ-губернаторовъ Сѣверо и Юго-Западнаго края крестьянскимъ учрежденіямъ было вмѣнено въ обязанность укрѣпить, со внесеніемъ въ выкупные документы, за крестьянами все то, чѣмъ они, во время состоянія въ крѣпостной зависимости, пользовались на земляхъ и угодіяхъ помѣщиковъ, въ томъ числѣ и разные виды сервитутовъ. Однако, по отношенію къ симъ послѣднимъ, частью вслѣдствіе спѣшности землеустроительныхъ работъ, частью по неопредѣленности въ нѣкоторыхъ случаяхъ правъ крестьянъ на выпасъ скота, когда, напр., въ одномъ лѣсу пользовались пастбищемъ нѣсколько прилегавшихъ къ нему деревень, упомянутыя распоряженія были приведены въ исполненіе далеко не съ тою точностью, какая въ столь важномъ дѣлѣ представляется необходимой. Такъ, ни въ рѣшеніяхъ крестьянскихъ учрежденій, ни въ

выкупныхъ документахъ не только не приведено количество наличнаго въ то время у крестьянъ скота, или число головъ скота, которое крестьяне имѣли право выпускать на пастьбу, но по большинству имѣній не опредѣлены границы обремененныхъ сервитутомъ пространствъ и даже иногда не поименованы сервитутныя урочища, а лишь указано, что крестьянамъ предоставлено право пастьбы скота „по старому“, „по прежнему“ и т. п. Результатомъ столь недостаточной регламентаціи пастбищнымъ сервитутовъ въ выкупныхъ документахъ было крайне разнообразное и широкое осуществленіе этого права на практикѣ, благодаря чему *въ настоящее время положительно невозможно установить, чѣмъ собственно крестьяне пользовались при выходѣ на выкупъ* и что ими пріобрѣтено постепенно уже впослѣдствіе. При такихъ условіяхъ, установленіе „соразмѣрнаго“ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ за отмѣну пастбищныхъ сервитутовъ вознагражденія, какъ того требуетъ законъ 26 марта 1869 года, представляетъ неопредолимыя затрудненія. Этимъ объясняется, съ одной стороны, крайнее разнообразіе предлагаемыхъ мѣстными учрежденіями способовъ и условій упраздненія сервитутовъ, а съ другой—то, что, не смотря на сорокалѣтнюю почти разработку настоящаго вопроса разрѣшеніе его не только не подвинулось сколько нибудь впередъ, но представляетъ нынѣ еще большія трудности, вслѣдствіе массы накопившагося въ теченіе указаннаго періода матеріала, не столько разъясняющаго, сколько осложняющаго дѣло. Между тѣмъ, удовлетворительное разрѣшеніе вопроса о вознагражденіи крестьянъ за лишеніе сервитутовъ, главнымъ образомъ, обусловливаетъ успѣшное осуществленіе всѣхъ мѣропріятій, проектируемыхъ нынѣ для упорядоченія взаимныхъ отношеній крестьянъ и помѣщиковъ въ западномъ краѣ. Придавая столь важное значеніе означенному вопросу и не скрывая отъ себя всѣхъ, предстоящихъ въ разрѣшеніи его, трудностей, Совѣщаніе признало необходимымъ разсмотрѣть этотъ вопросъ въ полномъ объемѣ, не ограничиваясь установленіемъ главныхъ основаній вознагражденія, но опредѣливъ и способы его исчисленія. При этомъ *Совѣщаніе приняло во вниманіе, что между установленною закономъ 4 апрѣля 1865*

года толокою и обоюднымъ правомъ пастьбы на поляхъ общаго сѣвооборота, съ одной стороны, и другими видами пастбищныхъ сервитутовъ, съ другой,—нельзя не усмотрѣть коренного различія какъ по самому существу этихъ правъ, такъ и по цѣли ихъ установленія. По точному смыслу упомянутаго закона, толока есть право взаимное и установлена въ видахъ прекращенія безпрерывно возникавшихъ между помѣщиками и крестьянами Юго-Западнаго края споровъ по поводу пастьбы скота на толокахъ въ чрезполосныхъ ихъ поляхъ и жалобъ о потравахъ. Такое значеніе имѣетъ и обоюдное право пастьбы на поляхъ общаго сѣвооборота. *Цѣль же укрѣпленія за крестьянами другихъ сервитутовъ пастбищныхъ (по полямъ, лугамъ, лѣсамъ и некультурнымъ угодіямъ), по разъясненіямъ Правительствующаго Сената, заключалась въ предоставленіи крестьянамъ, при недостаточности въ составѣ ихъ надѣла собственныхъ сѣнокосовъ и пастбищныхъ угодій, особыхъ выгодъ на землѣ помѣщика безъ всякаго за то вознагражденія сего послѣдняго* и, такимъ образомъ, названными сервитутами ограничивается въ пользу крестьянъ исключительное право собственности владѣльцевъ. Затѣмъ пастбищный сервитутъ по владѣльческимъ полямъ и лугамъ существенно отличается отъ лѣсныхъ пастбищныхъ сервитутовъ тѣмъ, что крестьяне имѣютъ возможность пользоваться имъ только въ теченіе пастбищнаго періода, тогда какъ по лѣсамъ, зарослямъ и другимъ некультурнымъ землямъ крестьяне пасутъ обыкновенно скотъ въ теченіе всего лѣта". Въ силу этого вопросъ о вознагражденіи за отмѣну сервитутовъ разбитъ Совѣщаніемъ на три рубрики, но разрѣшеніе его для моей задачи не представляетъ интереса.

Изъ этого краткаго обозрѣнія трудовъ коммисіи т. с. Стишинскаго видно, что главнѣйшими доводами противъ дальнѣйшаго существованія сервитутовъ выставляются слѣдующія положенія: 1) Сервитуты препятствуютъ укорененію въ населеніи уваженія къ праву собственности, 2) сервитуты препятствуютъ развитію крупнаго хозяйства и 3) сервитуты, поэтому, представляются зломъ въ общегосударственной жизни, какъ со стороны политической, такъ и экономической.

Можно ли, однако, считать эти положенія исчерпывающими значеніе сервитутовъ въ общегосударственномъ оборотѣ и можно ли признавать сервитутный вопросъ разрѣшеннымъ Совѣщаніемъ т. с. Стишинскаго? Мнѣ кажется, что на оба вопроса можно отвѣтить отрицательно.

Неправильность постановки сервитутнаго вопроса вообще и коммисіей т. с. Стишинскаго въ частности.

Какъ я уже упомянулъ въ началѣ настоящей записки, сервитутный вопросъ съ самаго своего возникновенія получилъ неправильную постановку. Юридическая его сторона, какъ института гражданскаго права, не получила никакого освѣщенія, и ему приписывалось лишь значеніе экономической помѣхи въ укладѣ государственной жизни. Самая природа нашего сервитута, какъ отличнаго отъ прочихъ вида правъ въ чужомъ имуществѣ, осталась совершенно неизслѣдованной, и сервитутный вопросъ былъ спутанъ со многими другими, подходящими къ нему по внѣшнимъ проявленіямъ, но коренныъ образомъ отличающимися отъ него по юридической сущности. Кромѣ того, разрѣшеніе этого вопроса хотя и прикрывалось громкими принципами государственной пользы, тѣмъ не менѣе происходило съ точки зрѣнія пользъ чисто классовыхъ, что легко объясняется большей выраженностью интересовъ этихъ классовъ въ экономической жизни государства того времени. Измѣненія этой точки зрѣнія на болѣе государственную уже ясно замѣчается въ приведенномъ мною отрывкѣ соображеній Совѣщанія т. с. Стишинскаго; но и послѣднее, сохраняя преемственную связь съ работами предшествующихъ коммисій, осталось въ разрѣшеніи вопроса на прежней почвѣ и выразило свое сочувствіе крестьянскому населенію, какъ существенному элементу въ государствѣ, *лишь мотивировкой* своихъ постановленій. Смѣшеніе, наконецъ, сервитутнаго вопроса съ вопросомъ объ уничтоженіи чрезполосности уже окончательно обрекло таковой, и даже оба, на вѣчное пребываніе въ числѣ неразрѣшимыхъ.

Такимъ образомъ, я выставляю три необходимыхъ положенія, безъ соблюденія которыхъ разрѣшеніе сервитутнаго

вопроса, по моему крайнему разумѣнію, не подвинется ни на шагъ въ практической жизни:

1) Необходимо первоначально опредѣлить юридическую природу сервитутовъ въ Россіи и отграничить ихъ отъ другихъ видовъ права участія частнаго и права угодій;

2) Необходимо разрѣшать сервитутный вопросъ исключительно съ государственной точки зрѣнія, а не пользы того или иного класса въ отдѣльности;

3) Необходимо совершенно отдѣлить сервитутный вопросъ отъ вопроса объ уничтоженіи чрезполосности, какъ не имѣющій съ послѣднимъ никакой связи.

1) Сервитутъ, какъ институтъ гражданскаго права.

Существуетъ весьма распространенное мнѣніе, что русское законодательство не знаетъ сервитута, какъ института гражданскаго права, и что этотъ институтъ совершенно чуждъ нашему правосознанію. Необходимо, поэтому, прежде всего разрѣшить вопросъ: представляются ли тѣ виды правоотношеній, которыя извѣстны подъ названіемъ сервитутовъ нашему спеціальному законодательству, дѣйствительно сервитутами, или нѣтъ?

Положительный отвѣтъ на этотъ вопросъ не пріемлется нѣкоторыми спеціалистами нашего крестьянскаго права, указывающими, что такъ называемые „сервитуты" имѣютъ по нашему законодательству временный характеръ и представляются лишь видимымъ обезпеченіемъ тѣхъ угодій, которыя подлежали бы отводу крестьянамъ, но не могли быть отведены своевременно при надѣленіи по разнымъ причинамъ. Въ подтвержденіе этой мысли указывается, обыкновенно, на смыслъ и характеръ извѣстнаго распоряженія графа Муравьева.

Опредѣленіе юридической природы сервитутовъ.

Обращаясь, однако, къ маленькому изслѣдованію юридической природы сервитутовъ, какъ института гражданскаго

права вообще, мы прійдемъ къ нѣсколько инымъ результатамъ.

Какъ извѣстно, подъ реальнымъ сервитутомъ разумѣется такое вещное право, которое предоставляетъ собственнику недвижимой вещи нѣкоторое господство только надъ данной стороной чужой вещи (jus in re aliena). Далѣе, отличительными признаками реальнаго сервитута по римскому праву являются: 1) обоснованіе этого права на спеціальной нормѣ закона, а не на простыхъ обязательственныхъ отношеніяхъ и 2) характеръ этого права, какъ вспомогательнаго къ праву собственности на извѣстную недвижимость, не имѣющую нѣкоторыхъ качествъ. Наконецъ, дополнительные признаки сервитутнаго права, какъ по Римскому, такъ и по современному законодательству, заключаются въ томъ, что, во 1-хъ, право это выражается или in patiendo,—т. е. въ признаніи однимъ собственникомъ вторженія въ сферу его господства со стороны другого, или in non faciendo, т. е.—въ невозможности для одного собственника совершать опредѣленныя дѣйствія, ради другого собственника, и, во 2-хъ, что содержаніемъ сервитутнаго права могутъ быть лишь хозяйственныя выгоды собственника недвижимой вещи, какъ таковаго, при чемъ обязанная недвижимость должна приносить выгоду господствующей своими постоянными качествами. Такимъ образомъ, *сервитутомъ въ точномъ смыслѣ этого слова, принятомъ западно-европейскимъ законодательствомъ, называется: признаваемое закономъ вспомовательное вещное право, которое предоставляетъ собственнику недвижимаго имущества извлекать нѣкоторыя хозяйственныя выгоды изъ такихъ постоянныхъ качествъ чужого недвижимаго имущества, которыхъ недостаетъ въ его собственномъ.*

Въ силу этого опредѣленія, не могутъ быть признаны сервитутами, въ точномъ значеніи этого слова, ни такъ называемые „легальные“ сервитуты, извѣстные нынѣ подъ именемъ „правъ участія общаго“ и „правъ участія частнаго“, которые опредѣляютъ нѣкоторыя ограниченія права собственника въ пользу другихъ лицъ,—ни сервитуты личные, возникающіе въ силу обязательственныхъ и т. п. личныхъ отно-

шеній и имѣющіе временный, по опредѣленію этихъ отношеній, характеръ,—ни, наконецъ, извѣстное русскому праву—право угодій. Въ самомъ дѣлѣ: въ правѣ участія общаго отсутствуютъ всѣ признаки сервитутнаго права; изъ правъ участія частнаго подъ понятіе сервитута могутъ подходить лишь право прохода и право проѣзда изъ замкнутаго чужими владѣніями имѣнія, прочія же представляются неподвижными, именемъ закона существующими, ограниченіями права собственности; наконецъ, въ правѣ угодій отсутствуетъ характерный признакъ сервитутнаго права, какъ вещнаго и вспомогательнаго къ праву собственности.

Кромѣ того, изъ разряда сервитутовъ необходимо, безъ сомнѣнія, исключить право толоки въ силу того, что таковое предоставляется не какъ возмѣщеніе недостающихъ угодій, а какъ смягченіе послѣдствій чрезполосности. Поэтому то право толоки и не носитъ въ нашемъ законодательствѣ имени сервитута, на что, къ сожалѣнію, не обратило вниманія Совѣщаніе т. с. Стишинскаго, хотя оно и констатировало этотъ фактъ. Установивъ непосредственную связь толоки съ чрезполосностью, какъ слѣдствія съ причиной, Совѣщаніе тѣмъ не менѣе зарегистрировало право толоки въ число сервитутныхъ правъ, не справляясь съ юридической природой послѣднихъ.

Переходя теперь къ сравненію признаковъ общаго понятія сервитутовъ съ признаками тѣхъ правоотношеній, которыя подъ этимъ названіемъ внесены въ наше спеціальное крестьянское законодательство (см. выше), мы должны признать всѣ эти правоотношенія типичными реальными сервитутами. Въ самомъ дѣлѣ: правоотношенія эти возникли, какъ и въ древнемъ Римѣ, изъ добровольныхъ безсрочныхъ соглашеній и признаны закономъ въ 44 и 69 годахъ, какъ самостоятельный институтъ; права эти принадлежатъ крестьянамъ, какъ собственникамъ надѣльныхъ земель, и предоставляютъ имъ извлекать выгоды изъ такихъ постоянныхъ качествъ помѣщичьихъ имѣній, которыхъ недостаетъ въ надѣлахъ. Всѣ эти признаки точно перечислены самимъ Совѣщаніемъ т. с. Стишинскаго, и если бы это Совѣщаніе обратилось засимъ къ

сличенію этихъ признаковъ съ юридической природой сервитутовъ вообще, оно неминуемо должно было бы признать всю неправильность своей классификаціи сервитутовъ, а себя—стоящимъ на ложномъ пути въ разрѣшеніи сервитутнаго вопроса.

Но, исходя изъ даннаго опредѣленія юридической природы сервитута, мы должны признать таковыми не только тѣ правоотношенія, которыя носятъ это названіе въ нашемъ западномъ краѣ, но и другія многочисленныя аналогичныя правоотношенія крестьянъ и помѣщиковъ по уставнымъ грамотамъ въ коренной Россіи. Какъ извѣстно, по послѣднимъ, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, крестьянамъ предоставляются, въ дополненіе къ надѣламъ, нѣкоторыя выгоды въ помѣщичьихъ владѣніяхъ въ видѣ, напр. ловли рыбы, пастьбы на помѣщичьемъ выгонѣ, въѣзда въ лѣсъ и собиранія плодовъ и моха, и т. п. Все это такіе же сервитуты, какъ и существующіе въ западномъ краѣ, только не носящіе этого названія.

Практика Правительствующаго Сената по существу и формальной сторонѣ сервитутнаго вопроса и ея неправильность.

Такимъ образомъ, *сервитутъ, какъ институтъ гражданскаго права, существуетъ и у насъ повсемѣстно.*

Къ сожалѣнію, этотъ институтъ нормируется въ нашемъ законодательствѣ не общимъ гражданскимъ уложеніемъ, а спеціальной дисциплиной крестьянскаго права.

Послѣдствіемъ этого ненормальнаго явленія представляется совершенная неразработанность сервитутнаго права, какъ таковаго, въ практикѣ нашего Правительствующаго Сената. Уже одно то, что разработка сервитутныхъ правоотношеній выпала на долю не Гражданскаго кассаціоннаго, а Второго Департамента,—не могло не отразиться весьма плачевно на ихъ юридической конструкціи. Имѣя съ ними дѣло не какъ съ явленіями гражданскаго правооборота, а какъ съ постороннимъ ингредіентомъ въ укладѣ политической жизни, Второй Департаментъ и руководствовался въ своей практикѣ

не необходимостью разъясненія гражданскихъ послѣдствій этихъ правоотношеній, съ точки зрѣнія общегражданской справедливости, а политическимъ соотношеніемъ данныхъ классовъ населенія, сообразно потребности времени. Этимъ объясняется какъ скудность и неправильность практики Правительствующаго Сената по существу сервитутныхъ правоотношеній, такъ и невѣроятное колебаніе этой практики по формальной сторонѣ сервитутнаго вопроса.

Скудность и неправильность практики Сената по существу сервитутныхъ правоотношеній лучше всего усматриваются изъ совершеннаго оставленія безъ регламентаціи такихъ серьезныхъ явленій, какъ—всемѣрное стѣсненіе со стороны помѣщиковъ сервитутовладѣльцевъ-крестьянъ въ осуществленіи ими своего сервитутнаго права и стремленіе сервитутовладѣльцевъ, наоборотъ, къ расширенію таковаго; оставленіе до сего времени безъ опредѣленія самыхъ основаній къ установленію размѣровъ сервитутнаго пользованія, и т. д.

Съ другой стороны, практика Сената освящаетъ даже полное фактическое уничтоженіе помѣщикомъ крестьянскаго сервитута, путемъ обращенія лѣсной площади въ другой видъ угодій и т. п. Но особеннаго вниманія заслуживаетъ колебаніе практики Правительствующаго Сената по формальной сторонѣ сервитутнаго вопроса. Такъ, неоднократно мѣнялся взглядъ Сената на установленіе и прекращеніе сервитутнаго права путемъ давности, а по вопросу о порядкѣ разрѣшенія споровъ между помѣщиками и сервитутовладѣльцами по окончаніи отграниченія земель Правительствующій Сенатъ въ теченіе одного послѣдняго (1904) года измѣнилъ свою практику нѣсколько разъ, относя это разрѣшеніе къ компетенціи то судебныхъ, то крестьянскихъ установленій.

Между тѣмъ, за отсутствіемъ твердыхъ указаній къ регламентаціи сервитутныхъ отношеній въ нашемъ положительномъ правѣ, Правительствующему Сенату надлежало прибѣгнуть къ методу сравнительной интерпретаціи, въ виду полной тождественности этихъ отношеній у насъ съ существующимъ въ западно-европейскомъ законодательствѣ институтомъ. Тогда результаты получились бы совершенно иные.

Методъ этотъ тѣмъ болѣе примѣнимъ къ данному вопросу, что мы имѣемъ нѣкоторую регламентацію сервитутовъ, какъ института гражданскаго права, въ спеціальныхъ кодексахъ права Прибалтійскаго и Царства Польскаго, и регламентація эта близко подходитъ къ таковой по Обще-Германскому гражданскому уложенію. Послѣднее заключаетъ въ себѣ цѣлый рядъ статей, разъясняющихъ какъ способы опредѣленія сервитутныхъ правъ, такъ и способы ихъ установленія, осуществленія и прекращенія; а по сервитутному законодательству нашего же Царства Польскаго—собственникъ обремененнаго сервитутомъ имѣнія не вправѣ предпринимать такихъ дѣйствій, которыя бы клонились къ уничтоженію или умаленію сервитутнаго пользованія.

Обращеніемъ къ сравительной интерпретаціи Второй Департаментъ Сената не проявилъ бы и особаго новаторства, т. к. этому пути уже слѣдуетъ Гражданскій Кассаціонный Департаментъ въ своей практикѣ по разъясненіямъ казусовъ въ области права участіемъ частнаго.

II. Государственное значеніе нашихъ сервитутовъ

Но, быть можетъ, сервитуты съ точки зрѣнія государственной представляются дѣйствительно такимъ зломъ, которое требуетъ скорѣйшаго и совершеннаго уничтоженія? Посмотримъ.

Мы уже видѣли, что государственное зло сервитутовъ, по мнѣнію Совѣщанія т. с. Стишинскаго и предшествовавшихъ Коммисій, заключается: 1) въ неисчислимомъ вредѣ, наносимомъ пастбищными сервитутами сельскому и лѣсному хозяйству (крупному); 2) въ постоянныхъ недоразумѣніяхъ между собственниками и сервитутовладѣльцами; 3) въ способствованіи лѣсныхъ сервитутовъ лѣсоистребленію вообще, и 4) въ шаткости понятія о правѣ собственности, развиваемой сервитутнымъ правомъ.

Такимъ образомъ, государственный вредъ сервитутовъ, по мнѣнію Совѣщанія т. с. Стишинскаго, выражается и въ правовомъ (колебаніе сознанія права собственности и аграр-

ныя недоразумѣнія) и въ экономическомъ (препятствованіе крупному сельскому хозяйству и лѣсоистребленіе) отношеніяхъ.

Обращаясь къ ближайшему изслѣдованію поставленныхъ Совѣщаніемъ т. с. Стишинскаго обвинительныхъ пунктовъ противъ сервитутовъ, мы не можемъ не замѣтить прежде всего, что таковые относятся не ко всѣмъ видамъ сервитутовъ, а лишь къ пастбищнымъ и лѣснымъ,—такимъ образомъ принципіальное положеніе о недопустимости на русской почвѣ сервитутовъ вообще, какъ института гражданскаго права,—падаетъ. Мы должны признать, что допущеніе сервитутовъ въ русское гражданское право, въ принципѣ, возможно.

Переходя, затѣмъ, къ разсмотрѣнію самыхъ обвинительныхъ пунктовъ, мы должны высказать a priori, что таковые могутъ быть обращены всецѣло почти къ любому институту гражданскаго права. Въ самомъ дѣлѣ, развѣ институтъ права владѣнія вообще и давностнаго, въ особенности, право залога, долгосрочной аренды и т. п.—не могутъ колебать, какъ таковые, въ населеніи сознанія права собственности и возбуждать аграрныя недоразумѣнія? Развѣ эти же институты не могутъ обратиться противъ крупнаго сельскаго хозяйства, а неограниченное право собственности въ отношеніи лѣса развѣ не можетъ выразиться въ томъ же лѣсоистребленіи?.. Но, развѣ на этомъ основаніи можно признавать всѣ эти институты гражданскаго права государственнымъ зломъ, и не стремится ли государство къ парализованію вредныхъ послѣдствій этихъ правоотношеній путемъ болѣе точной ихъ регламентаціи и усовершенствованіемъ техники гражданскаго процесса, а не путемъ ихъ уничтоженія съ воспрещеніемъ какого либо по нимъ судопроизводства?

Очевидно, что *корень зла нашихъ сервитутныхъ отношеній заключается не въ самихъ сервитутахъ, какъ институтъ гражданскаго права, а именно въ недостаткѣ ихъ регламентаціи, какъ таковаго, и въ несовершенствахъ процесса въ этомъ направленіи.*

Маленькая справка въ западноевропейскомъ законодательствѣ еще болѣе подкрѣпитъ этотъ выводъ.

Какъ извѣстно, выраженіе права собственности нигдѣ не получило столь полной формулировки и столь стройной юридической конструкціи, какъ въ западноевропейскомъ, особенно германскомъ, законодательствѣ. Между тѣмъ, въ этомъ именно законодательствѣ *сервитуты признаны необходимымъ дополненіемъ права собственности* и ихъ юридическая конструкція развивается параллельно съ развитіемъ послѣдняго. Общегерманское гражданское уложеніе знаетъ, что возникшее и существующее въ народной жизни правоотношеніе не можетъ быть уничтожено велѣніемъ закона, а требуетъ лишь скорѣйшаго введенія его въ общее русло гражданскаго обихода. А мы видѣли, что у насъ сервитутныя правоотношенія существуютъ повсемѣстно; что таковыя являются именно сервитутами въ западноевропейскомъ смыслѣ; что они вошли въ плоть и кровь народнаго правосознанія,—и мы думаемъ только объ одномъ: какъ бы ихъ вырвать вонъ съ наименьшей потерей крови!.. Вѣдь нельзя же руководствоваться и въ этомъ случаѣ обратнымъ произношеніемъ поговорки „что русскому здорово, то нѣмцу смерть“ и распространять начала нашей самобытности на всю сферу гражданскихъ правоотношеній!..

Значеніе сервитутовъ для крестьянскаго населенія.

Вотъ истинная и основная причина безплодности всѣхъ бывшихъ до сего времени работъ по разрѣшенію сервитутнаго вопроса. Но въ результатѣ этихъ работъ, т. е. въ оставленныхъ ими трудахъ, есть еще одна крупная несообразность, а именно: *обсуждая государственный вредъ сервитутовъ въ экономическомъ отношеніи, всѣ Совѣщанія останавливались лишь на освѣщеніи степени этого вреда для крупнаго сельскаго хозяйства и государства, какъ собственника недвижимыхъ имуществъ.* Ни одно Совѣщаніе не затронуло степени той пользы, которую получаютъ сервитутовладѣльцы, и значенія этой пользы въ общей экономикѣ государства. Вѣдь нельзя же видѣть обсужденіе этой стороны вопроса въ констатированіи необходимости „соразмѣрнаго“

за уничтоженіе сервитутовъ вознагражденія крестьянъ и въ оцѣнкѣ этого эквивалента!

Едва ли, однако, такой способъ разработки вопроса можетъ быть признанъ правильнымъ и государственнымъ. Можетъ случиться, что, если мы положимъ на вѣсы причиняемый сервитутами недвижимой собственности вредъ и приносимую ими государству, какъ олицетворенію народной экономической жизни, пользу,—послѣдняя весьма значительно перетянетъ.

Крестьяне, какъ платежная сила.

Мнѣ кажется, что значеніе крестьянскаго населенія, какъ платежной силы въ Россіи, стало уже такимъ общимъ мѣстомъ, которое не требуетъ никакихъ доказательствъ. Если и существуетъ въ этомъ отношеніи нѣкоторая разница во мнѣніяхъ, то таковая касается лишь характера проявленія этой платежной силы, т. е. одни видятъ ее въ производствѣ крестьянами извѣстныхъ продуктовъ для вывоза, а другіе— въ потребленіи ими продуктовъ отечественнаго производства. Я лично вполнѣ присоединяюсь ко взгляду послѣдней категоріи, доказанному особенно рельефно М. М. Ковалевскимъ въ статьѣ „Экономическій строй Россіи". „Было бы весьма призрачно, говоритъ пр. Ковалевскій,—смотрѣть на развитіе промышленности, какъ на средстяо доставить 130.000,000 жителей прибыльное занятіе. Но съ другой стороны, было бы не менѣе химерично утверждать, что промышленность потому уже неспособна къ естественному развитію, что некуда будетъ сбывать ея продукты, въ виду захвата мірового рынка англичанами, нѣмцами и французами. Какого лучшаго рынка можно еще желать для нашей промышленности, если въ ея распоряженіи находится Россія, съ ея населеніемъ, удваивающимся каждыя пятьдесятъ лѣтъ и обѣщающимъ достигнуть въ 1950 году—260.000,000, а къ 2000 г.—520 м. душъ? Необходимо только, въ интересахъ самаго сбыта продуктовъ, чтобы масса потребителей, составленная въ данномъ случаѣ изъ крестьянъ земледѣльцевъ, владѣла матеріальнымъ

достаткомъ, котораго у нея нѣтъ, и который ей можетъ дать только здравая экономическая и финансовая политика. Сдѣлать выводъ изъ всего сказаннаго нетрудно; онъ состоитъ въ той старой истинѣ, что прогресъ промышленности возможенъ лишь рядомъ съ прогрессомъ земледѣлія, потому что земледѣлецъ есть въ то же время и главный потребитель продуктовъ мануфактурной промышленности".

Казалось бы, что эта истина въ настоящее время общепризнана, такъ какъ забота о благосостояніи крестьянскаго населенія провозглашена „превыше всѣхъ заботъ въ государствѣ". Вслѣдствіе этого я позволю себѣ заимствовать изъ энциклопедическаго словаря Брокгауза и Ефрона слѣдующія данныя, относящіяся къ опредѣленію значенія сервитутовъ для крестьянскаго населенія:

„Единственной попыткой мѣстнаго изученія сервитутнаго вопроса и въ особенности вліянія пастбищнаго сервитута на состояніе крестьянскаго и помѣщичьяго хозяйства было изслѣдованіе, произведенное въ 1894 г., по распоряженію бывшаго генералъ-губернатора графа А. П. Игнатьева, мировыми посредниками Юго-западнаго края на мѣстахъ въ 230 селеніяхъ (и имѣніяхъ) различныхъ уѣздовъ трехъ губерній по единообразной программѣ. Это частичное поселенное изслѣдованіе, коснувшееся лишь небольшой доли имѣній и селеній юго-западнаго края, выбранныхъ впрочемъ безъ всякаго предварительнаго тенденціознаго подбора, съ цѣлью получить представленіе о среднемъ обычномъ вліяніи пастбищныхъ сервитутовъ, дало возможность впервые твердо установить нѣкоторыя общія положенія. Въ 230 обслѣдованныхъ селеніяхъ пастбищные сервитуты даютъ крестьянамъ возможность держать количество скота большее противъ того, какое бы они могли держать, пользуясь только однѣми надѣльными землями. Если пастбищеспособность всѣхъ—и крестьянскихъ и помѣщичьихъ—угодій, служащихъ въ то и другое время подножнымъ кормомъ скоту выразить въ количествѣ сѣна и сравнить съ количествомъ корма, необходимаго для скота обѣихъ сторонъ, то оказывается, что въ среднемъ количество отдѣльныхъ отъ крестьянъ пастбищъ, находящихся у помѣщиковъ, не только совершенно

достаточно для прокормленія всего помѣщичьяго скота, но отъ получаемаго съ нихъ корма долженъ остаться еще значительный избытокъ. Вслѣдствіе этого остальныя, могущія служить для выпаса земли помѣщичьяго владѣнія—т. е. по меньшей мѣрѣ та часть ихъ, которая находится подъ сервитутомъ,—составляютъ уже величину, превышающую потребность помѣщичьяго скота и представляютъ собою землю въ пастбищномъ отношеніи для помѣщика ненужную и могущую быть утивилизированною крестьянскимъ скотомъ безъ всякаго ущерба для скота помѣщичьяго. Съ другой стороны, количество такихъ же, могущихъ служить для пастбища, угодій у крестьянъ далеко не удовлетворяетъ потребности въ кормѣ наличнаго крестьянскаго скота, вслѣдствіе чего большая часть послѣдняго должна кормиться лѣтомъ на счетъ помѣщичьихъ угодій. Произведенное изслѣдованіе въ неразверстанныхъ имѣніяхъ прямо указало, что за недостаткомъ у крестьянъ выпасовъ на собственныхъ (надѣльныхъ) земляхъ большая половина ихъ скота фактически выпасалась на обремененныхъ сервитутами помѣщичьихъ угодіяхъ. Такимъ образомъ *сервитутныя угодія являются существеннѣйшимъ подспорьемъ крестьянскому хозяйству*. Путемъ того же изслѣдованія было выяснено, что въ имѣніяхъ, уже разверстанныхъ до 1894 г., количество скота у крестьянъ по уничтоженіи сервитута сократилось, тогда какъ, наоборотъ, въ селеніяхъ, еще обладающихъ сервитутомъ, количество скота, сравнительно съ прежнимъ временемъ, въ среднемъ, абсолютно увеличилось. Значеніе для крестьянъ пастбищныхъ сервитутовъ подтверждается между прочимъ значительнымъ повышеніемъ арендныхъ цѣнъ на выпасныя земли въ имѣніяхъ, такъ или иначе произведшихъ разверстаніе и уничтоженіе пастбищныхъ сервитутовъ, а также быстрымъ и массовымъ увеличеніемъ количества земель, сдаваемыхъ помѣщиками крестьянамъ подъ выпасъ за деньги. Въ такихъ мѣстностяхъ, какъ губернія Минская и сѣв. часть Волынской, гдѣ скотоводство часто составляетъ первенствующую отрасль крестьянскаго хозяйства, вопросъ о пользованіи сервитутными правами имѣетъ для крестьянъ еще болѣе важное значеніе. Данныя статистиче-

скаго изслѣдованія губерній Царства Польскаго, гдѣ пользованіе сервитутами является гораздо болѣе урегулированнымъ, тоже приводятъ къ выводу, что, благодаря сервитутнымъ правамъ, площадь земли, которою пользуются крестьяне, значительно увеличивается; при недостаткѣ пастбищъ и луговъ, возможность выпасывать скотъ на владѣльческихъ земляхъ служитъ весьма важнымъ подспорьемъ ихъ хозяйства. Если при наличности такихъ данныхъ у насъ продолжаютъ раздаваться голоса о безполезности сервитутовъ для крестьянъ, то причиною этого, кромѣ предвзятой тенденціозности мнѣній лицъ, заинтересованныхъ въ скорѣйшемъ уничтоженіи сервитутовъ, является во многихъ случаяхъ то обстоятельство, что о вліяніи сервитутовъ судятъ по селеніямъ, фактически утратившимъ болѣе или менѣе значительную долю своихъ сервитутныхъ правъ. Фактъ постепенной утраты крестьянами сервитутныхъ правъ, предоставленныхъ имъ выкупными документами, пріобрѣтаетъ все болѣе важное экономическое значеніе. Вышеупомянутымъ изслѣдованіемъ сервитутнаго вопроса дознано, что въ нѣкоторыхъ изъ неразверстанныхъ селеній, несмотря на предоставленныя крестьянамъ сервитутныя права, количество скота, вопреки вышеуказанному среднему выводу не увеличилось, а уменьшилось, что произошло вслѣдствіе фактическаго сокращенія или даже полнаго уничтоженія сервитутныхъ правъ".

Такъ говорятъ факты.

Само собою очевидно, что такія заявленія, какія мнѣ лично приходилось слышать отъ нѣкоторыхъ помѣщиковъ Минской губерніи, вродѣ „если крестьянинъ не можетъ безъ помощи помѣщичьей земли держать пять коровъ,—пусть держитъ одну",—могутъ исходить лишь отъ людей, не имѣющихъ ни малѣйшаго представленія о государственномъ интересѣ и пекущихся лишь о своей выгодѣ. Для государственнаго же дѣятеля не должно быть сомнѣнія въ томъ, что каждая лишняя корова у крестьянина представляется лишнимъ плюсомъ въ государственномъ хозяйствѣ не только въ силу своей абсолютной цѣнности, но и какъ источникъ лишняго удобренія, а лишній возъ удобренія является лишнимъ факторомъ про-

изводства, а усиленіе производства несомнѣнно отражается на прогрессѣ потребленія, а прогрессъ потребленія прямо пропорціоналенъ росту государственныхъ доходовъ.

Такимъ образомъ, мнѣ кажется, что если произвести учетъ государственному вреду и государственной пользѣ отъ сервитутовъ, даже при настоящемъ положеніи сервитутнаго вопроса,— премущество можетъ оказаться далеко не на сторонѣ перваго. Не странно ли, поэтому, что *Совѣщаніе т. с. Стишинскаго признало наиболѣе вредными для государства именно тѣ виды сервитутовъ, особенныя выгоды которыхъ для крестьянскаго населенія установлены въ матеріалахъ Совѣщанія и имъ самимъ не отвергаются?*

Необходимость внесенія нормировки сервитутныхъ правъ въ Гражданское уложеніе.

Но, очевидно, сервитуты не могутъ оставаться долѣе въ томъ же неопредѣленномъ положеніи. Они подлежатъ введенію въ общій правопорядокъ государства, какъ институтъ гражданскаго права, съ подробной регламентаціей и прочной юридической конструкціей. Повторяю: та неопредѣленность сервитутныхъ отношеній, которая отмѣчена Совѣщаніемъ т. с. Стишинскаго, представляется не только дѣйствительно крупнымъ государственнымъ зломъ, но и крупной юридическою неправильностью, т. к. въ нормальномъ правопорядкѣ не должно быть мѣста неопредѣленнымъ провоотношеніямъ вообще. Съ этой неопредѣленностью, а не съ самымъ сервитутомъ, какъ институтомъ гражданскаго права, и необходимо бороться, при чемъ матеріалы Совѣщанія т. с. Стишинскаго могутъ въ этомъ случаѣ пригодиться, какъ основаніе къ урегулированію, а не къ упраздненію сервитутовъ. Однако, эта борьба и это регулированіе должны быть предоставлены не политикамъ, а юристамъ, на почвѣ усовершенствованія общаго гражданскаго правопорядка. Только на этой почвѣ возможно создать правильное разрѣшеніе сервитутнаго вопроса, такъ какъ самый вопросъ, въ томъ проявленіи классовой окраски, съ которой онъ является предметомъ обсужденія въ настоящее время,—

исчезнетъ и уступитъ мѣсто специальной дисциплинѣ въ области гражданскаго права. Эта дисциплина и должна указать порядокъ и способъ замѣны сервитутныхъ правоотношеній другими. Я совершенно не вижу основаній, почему бы въ разработкѣ этой дисциплины не распространить сервитутныхъ правъ и на помѣщиковъ въ отношеніи крестьянскихъ земель.

III). Необходимость сохраненія на будущее время сервитутовъ. Разрѣшеніе при ихъ посредствѣ вопроса о чрезполосности и о переходѣ отъ общиннаго владѣнія къ подворному.

Необходимость сохраненія, а не уничтоженія, сервитутовъ на будущее время подсказывается, наконецъ и соображеніями чисто практическаго свойства, такъ какъ при ихъ помощи значительно облегчается разрѣшеніе вопросовъ о чрезполосности и объ общинномъ землевладѣніи.

При ближайшемъ изслѣдованіи естественнаго происхожденія земельной чрезполосности усматривается, что причина таковой заключается въ стремленіи къ установленію равноцѣнности извѣстнаго земельнаго участка по сравненію съ другимъ владѣніемъ, или нормальнымъ типомъ владѣнія вообще. Такимъ образомъ чрезполосность устанавливается путемъ придатка къ данному участку владѣнія добавочной цѣнности въ видѣ участка въ другомъ мѣстѣ. Иными словами, причины происхожденія чрезполосности сходственны съ причинами установленія сервитутовъ. Эта *общность причинъ возникновенія и заставляла до послѣдняго времени смѣшивать сервитуты съ чрезполосностью въ дѣлѣ стремленія къ ихъ уничтоженію, не смотря на коренную разницу ихъ юридической природы.* Но эта же общность до очевидности подсказываетъ и путь борьбы съ чрезполосностью посредствомъ замѣны ея сервитутнымъ пользованіемъ, и это не будетъ совсѣмъ такой тавтологіей, какъ кажется съ перваго раза. Я предлагаю прежде всего упразднять чрезполосность сведеніемъ владѣній къ одному обрубу тамъ, гдѣ это представляется возможнымъ; но тамъ, гдѣ таковое невозможно по условіямъ мѣстности, въ цѣломъ или въ части, я предлагаю замѣнять чрезполосное

владѣніе равноцѣннымъ сервитутомъ, который засимъ будетъ подчиняться регламентаціи гражданскаго кодекса. Этимъ же путемъ возможно достигнуть и перехода отъ общиннаго пользованія къ подворному безъ образованія неминуемой иначе чрезполосности. „Фактическое равенство, говоритъ М. М. Ковалевскій (см. выше),—состоитъ не въ томъ, чтобы дать всѣмъ строго тождественныя части, но въ томъ, чтобы доставить каждому возможность участвовать наравнѣ со всѣми въ тѣхъ доходахъ, которые приноситъ пользованіе различными землями, принадлежащими одной и той же общинѣ. Причина разбросанности полосъ, входящихъ въ составъ надѣловъ отдѣльныхъ хозяйствъ, заключается въ той чрезполосицѣ, которая установилась еще до освобожденія,—помѣщикъ уступалъ крѣпостнымъ въ пользованіе только тѣ земли, изъ которыхъ самъ не расчитывалъ извлекать какіе либо доходы. Въ большинствѣ же случаевъ освобожденные крестьяне удержали за собой тѣ земли, которыми они пользовались при крѣпостномъ состояніи. Ко всѣмъ этимъ причинамъ общаго характера, встрѣчающимся болѣе или менѣе всюду, прибавьте частныя причины—волнистый характеръ почвы, лѣсъ, перерѣзывающій поле на двѣ или на нѣсколько частей,—и вы поймете безъ труда, почему русская земельная община нарѣзываетъ надѣлы въ нѣсколько пріемовъ, иначе говоря, въ болѣе или менѣе значительномъ числѣ полей".

Такимъ образомъ чрезполосность въ мѣстностяхъ съ подворнымъ владѣніемъ землей и дробленіе земель при общинномъ строѣ имѣютъ одинъ и тотъ источникъ происхожденія, а несомнѣнно, что при равенствѣ двухъ экономическихъ явленій они подлежатъ и равнымъ мѣрамъ воздѣйствія.

Заключеніе.

Я позволилъ себѣ въ настоящемъ изложеніи коснуться лишь принципіальной и юридической стороны сервитутнаго вопроса, въ цѣляхъ указать тотъ единственный путь, на которомъ онъ, по моему крайнему разумѣнію, можетъ быть удовлетворительно разрѣшенъ. Я повторю еще разъ, что

этотъ путь—признаніе сервитутовъ институтомъ нашего гражданскаго права и введеніе ихъ въ сферу общаго гражданскаго уложенія. Я не беру на себя смѣлость, конечно, сдѣлать попытку къ совершенному разрѣшенію вопроса, т. е. къ установленію самыхъ регулирующихъ сервитутныя правоотношенія нормъ и тѣхъ основаній, на которыхъ эти отношенія могутъ быть замѣняемы другими. Я даже полагаю, что опредѣлить эти основанія не въ силахъ никакое бюрократическое учрежденіе, равно какъ никакой, неоснованный на народномъ представительствѣ, законодательный органъ не въ состояніи заставить народъ воспринять выработанныя имъ въ этомъ направленіи нормы. Въ такомъ остромъ и ближайше съ народнымъ организмомъ соприкасающемся институтѣ—право разрѣшить: что подходитъ и что должно быть отвергнуто,—принадлежитъ только самимъ народнымъ голосамъ.

Очевидно, что, смотря по степени усвоенія этого института народнымъ сознаніемъ, смотря по степени извлекаемыхъ сервитутовладѣльцами выгодъ и претерпѣваемыхъ собственниками ущербовъ,—самыя основанія къ замѣнѣ сервитутныхъ правъ другими должны быть въ разныхъ мѣстностяхъ разныя, а вмѣстѣ съ тѣмъ могутъ быть разными, въ силу тѣхъ же соображеній, и регулирующія эти правоотношенія нормы.

Эти основанія и эти нормы должны быть внесены въ законодательное учрежденіе народными представителями и законодательное учрежденіе должно лишь сообразовать ихъ съ потребностями государственной пользы. Необходимо всегда имѣть въ виду, что насколько политическія реформы должны итти въ историческомъ развитіи народа предупредительно сверху внизъ,—настолько же усовершенствованіе гражданскаго правопорядка должно слѣдовать обратной тенденціи, начинаясь въ области непосредственныхъ жизненныхъ сношеній и восходя кверху для кристализаціи въ законодательныхъ сферахъ. Послѣднія должны быть одинаково чутки какъ къ политическому, такъ и къ гражданскому состоянію народа, но никогда не смѣшивать ихъ въ способахъ законодательной обработки.

Только при подобномъ порядкѣ регулированія сервитутныхъ отношеній уже не будетъ мѣста такому факту, какъ признаніе наиболѣе вредными для государства именно тѣхъ сервитутовъ, которые наиболѣе полезны основному въ государствѣ классу населенія.

А. фонъ-Бринкманъ.

ПРЕДѢЛЫ ПОЛЬЗОВАНІЯ УЛИКАМИ.

I.

Индивидуальный принципъ, которымъ проникнутъ современный уголовный процессъ, является безспорнымъ пріобрѣтеніемъ новѣйшаго времени. При господствѣ слѣдственнаго процесса и бывшей въ тѣсной связи съ нимъ теоріи формальныхъ уголовныхъ доказательствъ, личность отступала на второй планъ передъ безстрастными требованіями закона, стремившагося установить формальныя объективныя основанія оцѣнки доказательствъ.

Иначе смотритъ на общее уголовно-процессуальное значеніе доказательствъ современное законодательство. Въ Судебныхъ Уставахъ 20 ноября 1864 года идея личности занимаетъ господствующее положеніе.

Руководясь этой идеей и проводя ее въ процессуальныхъ нормахъ, Уставы eo ipso должны были покончить съ прежней теоріей формальныхъ доказательствъ. Дѣйствительно, уже въ 8 ст. основныхъ положеній 29 сентября 1862 года говорится, что теорія доказательствъ, основанная единственно на ихъ формальности, отмѣняется, и что правила о силѣ доказательствъ должны служить только руководствомъ при опредѣленіи вины или невинности подсудимаго *по внутреннему убѣжденію судей*, основанному на совокупности обстоятельствъ, обнаруженныхъ при производствѣ слѣдствія на судѣ. Въ уставѣ уголовнаго судопроизводства принципъ этотъ выра-

женъ въ ст. 766, согласно которой судьи должны опредѣлять вину или невинность подсудимаго по внутреннему своему убѣжденію, основанному на обсужденіи въ совокупности всѣхъ обстоятельствъ дѣла.

Отраженіе того же принципа мы находимъ въ тѣхъ статьяхъ устава уголовнаго судопроизводства, которыя обсуждаютъ условія постановленія приговоровъ съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей. Именно, въ дѣлахъ, разсматриваемыхъ съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, предсѣдатель, вручая ихъ старшинѣ вопросный листъ, объясняетъ имъ: 1) существенныя обстоятельства дѣла и законы, относящіеся къ опредѣленію свойства разсматриваемаго преступнаго дѣянія, и 2) общія юридическія основанія къ сужденію о силѣ доказательствъ, приведенныхъ въ пользу и противъ подсудимаго (ст. 801 уст. угол. суд.). Общія основанія къ сужденію о силѣ доказательствъ объясняются предсѣдателемъ суда не въ видѣ непреложныхъ положеній, но лишь *въ смыслѣ предостереженія отъ всякаго увлеченія къ обвиненію или оправданію подсудимаго* (ст. 803). Предсѣдатель суда заключаетъ свое объясненіе напоминаніемъ присяжнымъ засѣдателямъ, что они должны опредѣлить вину или невинность подсудимаго по внутреннему своему убѣжденію, основанному на обсужденіи въ совокупности всѣхъ обстоятельствъ дѣла, и что, въ случаѣ осужденія подсудимаго, они могутъ, если найдутъ къ тому достаточныя основанія, признать его заслуживающимъ снисхожденія (ст. 804).

По мысли составителей Судебныхъ Уставовъ, нельзя предустановить правилъ о доказательствахъ, непреложно примѣнимыхъ ко всѣмъ, встрѣчающимся въ жизни, случаямъ. Поэтому подобныя правила не должны входить въ составъ закона, издаваться въ законодательномъ порядкѣ въ видѣ инструкціи или наставленія судьямъ или присяжнымъ засѣдателямъ, а могутъ быть изданы только въ видѣ инструкціи Министерства Юстиціи къ предсѣдателямъ судовъ.

Такимъ образомъ въ разсчетѣ на то, что отечественная судебная практика сама выработаетъ правила для оцѣнки уголовныхъ доказательствъ, въ уставъ уголовнаго судопроизводства не

была включена *глава о силѣ судебныхъ доказательствъ*, проектированная меньшинствомъ членовъ коммисіи и изложенная въ мотивахъ къ ст. 766 уст. угол. суд., изд. Государственной Канцеляріи. Однако въ дѣйствительности этого не случилось: ни судъ, ни Уголовный Кассаціонный Департаментъ Сената *не занялись разработкой правилъ объ оцѣнкѣ уголовныхъ доказательствъ*.

Между тѣмъ такая разработка имѣетъ громадное значеніе. Прежде всего, несомнѣнно, что съ паденіемъ въ законодательствѣ теоріи формальныхъ доказательствъ вопросъ объ относительной цѣнности разнообразныхъ категорій доказательствъ, объ условіяхъ, какимъ они должны удовлетворять, теряетъ свой первоначальный, исключительно теоретическій, интересъ и пріобрѣтаетъ животрепещущее практическое значеніе: въ немъ непосредственно заинтересованы не только подсудимый, но и государство въ видахъ нормальнаго отправленія правосудія. Затѣмъ, такъ какъ центромъ, вокругъ котораго сгруппировываются процессуальныя нормы, является идея личности и обезпеченія интересовъ послѣдней и, во-вторыхъ, основанія оцѣнки уголовно-судебныхъ доказательствъ непосредственно затрогиваютъ интересы этой личности, отражаясь на правовомъ положеніи ея,— безусловно необходимо не только выработать пріемы пользованія доказательствами (главнымъ образомъ, конечно, уликами), но и опредѣлить предѣлы уголовно-судебнаго изслѣдованія инкриминируемаго дѣянія.

Въ настоящемъ очеркѣ мы, не задаваясь какими-либо конструктивными цѣлями, намѣрены изложить свои соображенія по указаннымъ вопросамъ, преимущественно относительно пользованія уликами и уголовно-политическихъ предѣловъ такого пользованія.

II.

Значеніе уликъ, именно категоріи уликъ, неудачно окрещенныхъ наименованіемъ *косвенныхъ*, тѣмъ болѣе велико, что въ большинствѣ сложныхъ и выдающихся преступленій до-

казывать вину подсудимаго приходится, основываясь не на прямыхъ доказательствахъ, а на косвенныхъ данныхъ. Возьмемъ, напр., отравленіе. Въ своей рѣчи по дѣлу объ убійствѣ отставного рядового Бѣлова [1]) А. Ѳ. Кони справедливо указываетъ на невозможность требовать прямыхъ доказательствъ при отравленіи. „Это преступленіе", говоритъ онъ: „подготовляемое заблаговременно, совершается въ тиши, коварно, съ ласкою и хитростью.... Здѣсь никогда не будетъ прямыхъ, очевидныхъ доказательствъ. Ихъ не будетъ, а будутъ мелочныя обстоятельства, будетъ житейская обстановка, будутъ тѣ кусочки, изъ которыхъ, какъ изъ мозаики, придется складывать, осторожно и терпѣливо, обвиненіе. Въ дѣлѣ не будетъ прямыхъ доказательствъ, но найдется рядъ уликъ, которыя должны быть провѣрены между собою; *житейскій опытъ, здравый разумъ* укажутъ, въ какомъ порядкѣ слѣдуютъ онѣ одна за другою; для пополненія небольшихъ пробѣловъ между уликами явятся соображенія, не произвольныя, не отвлеченныя, а *почерпнутыя изъ быта подсудимыхъ, изъ ихъ обстановки, изъ условій окружающей жизни* [2]), изъ общихъ свойствъ человѣческой природы, наконецъ. Они, какъ цементомъ, скрѣпятъ и сплотятъ улики между собою и образуютъ матеріалъ для обвиненія".

Когда орудіе обвиненія находится въ рукахъ столь опытнаго и просвѣщеннаго государственнаго дѣятеля, какъ А. Ѳ. Кони, тогда можно, конечно, быть спокойнымъ за то, что интересы безпристрастія и справедливости будутъ соблюдены; однако тотъ же житейскій опытъ, на который ссылается г. Кони, свидѣтельствуетъ, что именно обвиненіе, покоющееся на косвенныхъ данныхъ, чаще всего вело къ судебнымъ ошибкамъ.

Въ богатой фактами исторіи судебныхъ ошибокъ особенное вниманіе обращаетъ на себя случай, происшедшій въ Сѣверной Америкѣ, драматизмъ котораго не бросается въ глаза только потому, что промежутокъ времени, протекшій

---

[1]) „Судебныя Рѣчи", изданіе 4-ое, СПБ. 1905 г., стр. 397—419.

[2]) Курсивъ въ цитатахъ вездѣ нашъ.

между осужденіемъ предполагаемаго виновника и обнаруженіемъ судебной ошибки, былъ необычайно великъ. Дѣло, въ краткихъ словахъ, заключалось въ слѣдующемъ. Въ 1839 году въ Мичиганѣ пропалъ безъ вѣсти контрабандистъ Уильямъ Эдвардсъ. Обстоятельства, сопровождавшія его исчезновеніе, толки въ народѣ—все заставляло предположить, что онъ былъ убитъ. Заподозрѣнный въ убійствѣ Эдвардса—его другъ Вудъ *былъ арестованъ и казненъ*, и вотъ, *спустя 50 лѣтъ*, т. е. приблизительно въ 1889 году, Эдвардсъ вернулся въ родной городъ, гдѣ его признали многія лица. Оказалось, что онъ въ 1839 году уѣхалъ въ Бостонъ, гдѣ и прожилъ эти 50 лѣтъ; онъ ничего не зналъ о казни своего друга!

Въ данномъ примѣрѣ мы имѣемъ дѣло, безспорно, съ довольно грубою ошибкой, но онъ, съ другой стороны, служитъ прекраснымъ предостереженіемъ для всѣхъ тѣхъ случаевъ, гдѣ виновность подсудимаго въ приписываемомъ ему преступномъ дѣяніи представляется болѣе или менѣе проблематичною и вся сила обвиненія покоится на зыбкомъ фундаментѣ такъ называемыхъ косвенныхъ уликъ. Недаромъ всѣ наиболѣе чуткіе къ интересамъ истины и человѣчности представители правосудія рекомендуютъ особенную осторожность въ пользованіи этимъ обоюдоострымъ орудіемъ обвиненія: при малѣйшемъ, часто—едва уловимомъ, эксцессѣ его служебная роль превращается въ разрушительную и гибельно отражается не только на судьбѣ невинно обвиненнаго, но и на общегосударственныхъ интересахъ правосудія, подрывая общественное довѣріе къ нему.

Несовершества методовъ изслѣдованія, сложность житейской индивидуальной оболочки дѣянія, наконецъ—данныя, обусловленныя личностью обвиняемаго, и т. д.—все это дѣлаетъ *немыслимою* абсолютную устранимость возможности судебныхъ ошибокъ, но уменьшеніе до минимума такихъ ошибокъ – въ средствахъ человѣка и зависитъ, въ значительной мѣрѣ, отъ пользованія уликами. Такое пользованіе, однако, подлежитъ, по уголовно-политическимъ соображеніямъ, ограниченіямъ, о которыхъ и будетъ рѣчь впереди.

Вопросъ о предѣлахъ пользованія уликами разсматри-

вается обыкновенно въ руководствахъ и комментаріяхъ по уголовному процессу въ отдѣлѣ ученія о доказательствахъ. Однако, онъ настолько тѣсно связанъ съ вопросомъ о задачахъ государственнаго обвиненія на судѣ, что мы не считаемъ возможнымъ разсматривать его внѣ связи съ указаннымъ вторымъ вопросомъ.

Мы не станемъ останавливаться здѣсь на детальномъ разборѣ существующихъ въ законодательствахъ основныхъ типовъ уголовно-процессуальныхъ порядковъ: *французскаго*, по которому предѣлы изслѣдованія характера и свойствъ личности подсудимаго весьма широки, и *англо-американскаго*, по которому можно сослаться *только на опредѣленные поступки подсудимаго изъ его прошлаго*, подтверждающіе извѣстныя его наклонности, а равно и прежнюю его судимость. Не станемъ мы останавливаться и на попыткахъ рѣшенія вопроса русскими процессуалистами. По мнѣнію В. К. Случевскаго, напр., предметомъ изслѣдованія на судѣ уголовномъ могутъ быть только обстоятельства, входящія въ законный составъ преступнаго дѣянія. Въ своемъ „Учебникѣ русскаго уголовнаго судопроизводства“ (стр. 507) онъ поясняетъ, что личность подсудимаго только настолько должна подлежать этому изслѣдованію, насколько она проявилась въ инкриминируемомъ дѣяніи. Такимъ образомъ, въ сущности, г. Случевскій принимаетъ воззрѣнія на этотъ вопросъ, высказанныя еще Н. С. Таганцевымъ. И. Я. Фойницкій находитъ, что личность подсудимаго вообще и, въ частности, ея прежняя судимость могутъ быть предметомъ судебно-уголовнаго изслѣдованія, насколько эта личность вкладывается не только въ преступное дѣяніе, но и *въ наказаніе, подлежащее примѣненію*.

Мы думаемъ, однако, что почтенный ученый этимъ добавленіемъ не внесъ ровно ничего новаго въ вышеприведенныя воззрѣнія г.г. Случевскаго и Таганцева, а соображенія, которыми онъ подкрѣпляетъ необходимость дѣлаемой имъ поправки, свидѣтельствуютъ скорѣе о томъ, что мы имѣемъ здѣсь дѣло просто съ теоретическимъ недоразумѣніемъ, такъ какъ немыслимо найти какое-либо, имѣющее сколько-нибудь

принципіальное значеніе, различіе во взглядахъ всѣхъ трехъ упомянутыхъ ученыхъ.

Итакъ, не останавливаясь на разборѣ существующихъ въ литературѣ попытокъ рѣшенія вопроса, приступимъ къ развитію нашей точки зрѣнія на предметъ.

III.

Согласно одному изъ основныхъ началъ современнаго уголовнаго процесса, *предполагается невиновность подсудимаго, а виновность доказывается* и именно органомъ публичнаго обвиненія въ лицѣ прокурорской власти.

Это начало, имѣющее, какъ легко видѣть, капитальное уголовно-политическое значеніе, къ сожалѣнію нерѣдко игнорируется представителями прокуратуры. Какъ вѣрно указываетъ Л. Е. Владиміровъ [1]), одною изъ весьма обыкновенныхъ ошибокъ обвинителя является *замѣна положительныхъ доказательствъ виновности доказательствами ложности оправданій, приводимыхъ подсудимымъ.* Между тѣмъ и невинный человѣкъ можетъ подъ давленіемъ страха угрожающаго наказанія прибѣгнуть къ ложнымъ показаніямъ. „Бываетъ такое несчастное стеченіе обстоятельствъ, когда подозрѣніе, павшее на невиннаго человѣка, имѣетъ какую-то фатальную вѣроподобность. Подозрѣваемый, сознавая это несчастное стеченіе обстоятельствъ, теряетъ, подъ вліяніемъ испуга и волненія, душевное равновѣсіе и начинаетъ лгать самымъ пагубнымъ для себя образомъ. Вообще, судебный опытъ убѣждаетъ, что обманныя показанія и даже дѣйствія подсудимаго предпринимаются для самооправданія и *не могутъ служить основою для судебныхъ приговоровъ.* Настоящимъ основаніемъ для послѣднихъ можетъ быть только доказанное обвиненіе, опирающееся на собственные, независимые матеріалы“.

Если представитель обвиненія будетъ пользоваться безъ разбора всякими уликами, всякими обстоятельствами изъ прошлой жизни подсудимаго, то его рѣчь будетъ представ-

[1]) Ученіе объ уголовныхъ доказательствахъ, 1883 г., книга II, стр. 237.

лять все, что угодно,—сатирическую картинку, памфлетъ, аляповато-размалеванную балаганную вывѣску, расчитанную на дешевые эффекты, а не рѣчь, согласную съ его ролью въ процессѣ и задачами государственнаго обвиненія. Вѣдь, задача государственнаго обвинителя вовсе не заключается въ обвиненіи во что бы то ни стало, а въ установленіи событія преступленія и виновности подсудимаго. Поэтому выступать за эти логическія рамки своей дѣятельности прокуратура должна съ величайшею осмотрительностью.

Не слѣдуетъ забывать, что на судѣ судится не прошлое подсудимаго, не его нравственная личность, а приписываемое ему преступное дѣяніе; подсудимый пользуется тѣмъ же правомъ на охраненіе закономъ его личной неприкосновенности, неприкосновенности его имени, его семейной жизни, какъ и прочіе граждане государства. И если публичный обвинитель, какъ представитель не только государственныхъ, но и общественныхъ интересовъ, хочетъ внести общественный элементъ въ свою рѣчь, полагая, что этимъ онъ нагляднѣе внѣдряетъ въ сознаніе присутствующихъ начала законности и права,— *этотъ общественный элементъ долженъ не предшествовать обвиненію, не предвосхищать его, а, наоборотъ, явиться выводомъ изъ всего обвинительнаго матеріала, вѣнчать собою доказанное обвиненіе.* Только при такомъ построеніи рѣчи интересы общественные и государственные будутъ сохранены безъ напраснаго попранія индивидуальныхъ интересовъ и человѣческаго достоинства подсудимаго.

Сложность задачи указываетъ на то, что она не только не по плечу всякому, а, напротивъ, доступна очень немногимъ. Въ порывѣ усердія, достойнаго лучшаго примѣненія, г. г. обвинители часто забываютъ, что, выступая на судѣ, они необходимо должны считаться не только съ юридическими, но и съ этическими требованіями.

Съ грустью приходится констатировать фактъ, что теперешней судебной молодежи нечему поучиться у современныхъ представителей прокурорскаго надзора въ дѣлѣ судебнаго краснорѣчія. Опустѣла и оберъ-прокурорская каѳедра въ Сенатѣ, такъ долго поддерживавшая съ достоинствомъ свою репутацію.... Трудно,

вообще, остановиться теперь на чемъ-либо замѣтномъ, приближающемся къ тѣмъ высокимъ образцамъ не только ораторскаго искусства, но и глубокаго пониманія своей отвѣтственной задачи, какіе были не рѣдкостью у представителей „старой“ школы. Самолюбованіе, погоня за эффектными фразами и общими мѣстами—стали обычнымъ достояніемъ произносимыхъ нынѣ обвинительныхъ рѣчей. Нѣтъ прежней солидности, продуманности; не видно работы мысли, школы, а видны скороспѣлость и узкое пониманіе своихъ задачъ. Тенденціозное стремленіе обвинить во что бы то ни стало нерѣдко наблюдается въ этихъ печальныхъ пародіяхъ на судебное краснорѣчіе. *Спортъ обвиненія вытѣсняетъ искусство обвиненія* . . . И правъ былъ присяжный повѣренный С. А. Андреевскій, когда онъ въ своей рѣчи по дѣлу Яковлева подчеркнулъ эту обвинительную тенденцію въ прокурорскихъ рѣчахъ. По его словамъ, нѣтъ ничего легче, какъ составить обвинительный актъ; часто гражданскимъ дѣламъ стремятся придать уголовную окраску. Здѣсь умѣстно напомнить объ извѣстномъ заключеніи А. Ѳ. Кони по дѣлу Сазонова. Въ той же прекрасной рѣчи по дѣлу Яковлева Андреевскій указалъ, что общество не можетъ оставаться равнодушнымъ къ этому; здѣсь затронуты интересы не только даннаго обвиняемаго, но и интересы всѣхъ насъ, всего общества, наши права, гарантіи личности, дарованныя русскому обществу судебными уставами незабвеннаго Преобразователя.

Итакъ уголовно-политическія соображенія требуютъ установленія рамокъ для пользованія доказательнымъ матеріаломъ. „Принципъ охраненія закона“, говоритъ Н. В. Муравьевъ [1]): „долженъ проникать всю дѣятельность прокуратуры, придавать и ей оттѣнокъ той высшей справедливости, которая воплощается въ законѣ“. А идея уваженія къ личности даже подсудимаго есть именно одинъ изъ тѣхъ принциповъ, которые воплощены въ дѣйствующемъ процессульномъ правѣ. Такъ мы знаемъ, что прокуроръ въ своей обвинительной рѣчи

---

[1]) „Прокурорскій надзоръ въ его устройствѣ и дѣятельности“, томъ I, Москва, 1889 г., стр. 5—6.

обязанъ лишь привести обстоятельства, которыя навлекаютъ подозрѣніе на подсудимаго, но онъ не обязанъ поддерживать обвинительный актъ, если послѣдній опровергнутъ судебнымъ слѣдствіемъ: разъ прокуроръ не вынесъ убѣжденія въ виновности подсудимаго, онъ *можетъ и долженъ* заявить объ этомъ суду по совѣсти. „Согласно этимъ соображеніямъ и былъ очерченъ въ законѣ тотъ типъ спокойнаго и безпристрастнаго обвиненія, который составители судебныхъ уставовъ желали сдѣлать принадлежностью русской прокуратуры. Заботливость объ этомъ была настолько велика, что въ проектѣ, въ числѣ условій, требуемыхъ отъ содержанія и характера обвинительной рѣчи, было указано „не возбуждать непріязненныхъ къ подсудимому чувствъ“ (ст. 673 проекта)—ограниченіе, не вошедшее, впрочемъ, въ текстъ самого закона“ [1]). Здѣсь рѣчь идетъ именно о ст. 739 уст. угол. суд., гласящей, что прокуроръ въ обвинительной рѣчи не долженъ ни представлять дѣла въ одностороннемъ видѣ, извлекая изъ него только обстоятельства, уличающія подсудимаго, ни преувеличивать значенія имѣющихся въ дѣлѣ доказательствъ и уликъ, или важности разсматриваемаго преступленія. По поводу этой статьи г. Обнинскій [2]) вѣрно замѣтилъ, что судебный ораторъ—живой проводникъ тѣхъ высокихъ началъ справедливости, законности и нравственности, которыя лежатъ въ основѣ публичнаго акта правосудія, и всякое раболѣпство его передъ мелочными или грубыми инстинктами и вкусами толпы унижаетъ его высокое призваніе.

Однако эта статья закона, разсчитанная на просвѣщенныхъ, нравственно развитыхъ судебныхъ дѣятелей, вызвала, какъ это ни странно, непониманіе. Такъ, по мнѣнію г. В. Фукса [3]), воспрещеніе обвинителю быть одностороннимъ настолько обще и неопредѣленно, что его даже странно (!?) встрѣтить въ положительномъ законѣ. „Односторонность—понятіе отвлеченное и неуловимое; провести

---

[1]) Н. В. Муравьевъ, op. cit., стр. 424.
[2]) „Законъ и Бытъ“, 1891 г., стр. 161.
[3]) „Судъ присяжныхъ“ въ Русскомъ Вѣстникѣ, 1885 г., Мартъ, стр. 28.

фактическую грань между односторонностью и безпристрастіемъ далеко не легко".

Какъ это ни трудно, тѣмъ не менѣе проведеніе такой грани необходимо въ интересахъ правосудія. Эта трудность вовсе не одинакова во всѣхъ случаяхъ; она индивидуализируется въ зависимости отъ сложности дѣла, отъ разныхъ привходящихъ, побочныхъ обстоятельствъ, отъ имѣющагося въ распоряженіи обвинительной власти доказательнаго матеріала.

Возьмемъ, въ видѣ примѣра, дѣла объ отравленіи. Въ руководящемъ напутствіи присяжнымъ засѣдателямъ по дѣлу о французской подданной Маргаритѣ Жюжанъ, обвинявшейся въ отравленіи Н. Познанскаго, А. Ѳ. Кони [1]) высказалъ рядъ крайне любопытныхъ и вѣрныхъ соображеній о пользованіи доказательнымъ матеріаломъ. Эти соображенія сводятся къ слѣдующему. Въ дѣлахъ объ отравленіи могутъ быть только улики, косвенныя доказательства; подъ вліяніемъ этихъ уликъ складывается предположеніе о виновности даннаго лица, о томъ, что именно *это лицо* дало *этотъ ядъ* и *что иначе объяснить себѣ его присутствіе въ организмѣ невозможно;* предположеніе это должно покоиться *на твердо* установленныхъ данныхъ дѣла. Если, далѣе, обстоятельства дѣла и житейскій опытъ указываютъ, что это предположеніе наиболѣе правильное и логически вытекаетъ изъ свѣдѣній о личности обвиняемаго, объ отношеніяхъ его къ отравленному, объ его дѣйствіяхъ, то „*смычка между личностью обвиняемаго и найденнымъ ядомъ существуетъ и обвиненіе тѣмъ болѣе доказано, чѣмъ прочнѣе эта смычка*". Если, однако, „*на ряду съ предположеніемъ о существованіи связи между личностью обвиняемаго и ядомъ, можно представить нѣсколько противоположныхъ, но равно правдоподобныхъ, равно логическихъ и практическихъ предположеній, основанныхъ тоже на прочно доказанныхъ фактахъ дѣла*", то необходимая связь между инкриминируемымъ дѣяніемъ и подсуднымъ

[1]) „Судебныя Рѣчи", стр. 522—540.

можетъ быть нарушена и обвиненіе теряетъ свою основательность.

Эти соображенія, будучи вѣрными сами по себѣ, не могли, конечно, вылиться въ законѣ въ иной формѣ, чѣмъ въ той, съ которою мы встрѣчаемся въ ст. 739 уст. уг. суд. *Не быть одностороннимъ* и значитъ именно надлежащимъ и полнымъ образомъ воспользоваться доказательнымъ матеріаломъ для освѣщенія дѣла и выясненія вопроса о виновности обвиняемаго. Такъ какъ задача государственнаго обвинителя въ его рѣчи сводится къ развитію формулы обвиненія, предъявляемаго подсудимому въ обвинительномъ актѣ, поскольку указанная формула не измѣнена данными, добытыми на судебномъ слѣдствіи, то эта формула и даетъ рамки для пользованія уликами. Построеніе обвиненія, развитіе деталей его—основаны на дѣйствующихъ законахъ, замыкаются предѣлами уложенія, устава о наказаніяхъ, а равно и вообще всѣхъ карательныхъ дѣйствующихъ постановленій. Въ каждомъ данномъ случаѣ важно установить наличность основныхъ признаковъ опредѣленнаго преступнаго дѣянія. Отсюда слѣдуетъ, что улики должны тяготѣть къ этому естественному центру каждаго дѣла, *имѣть непосредственное отношеніе къ нему и только къ нему.*

IV.

Ставъ на только что высказанную точку зрѣнія и признавъ правильность подкрѣпляющихъ ее соображеній, мы необходимо приходимъ къ слѣдующимъ дальнѣйшимъ выводамъ.

Во-первыхъ, улики касаются моментовъ осуществленія преступной воли, начиная *съ возникновенія умысла* и кончая выполненіемъ законнаго состава даннаго преступнаго дѣянія, *совершенія его.* Во-вторыхъ, такъ называемыя *нравственныя улики или улики поведенія должны строго замыкаться указанными конечными моментами.* Въ виду того, что въ современномъ уголовномъ процессѣ *презюмируется невинность подсудимаго,* а не виновность его, и послѣднее должно

быть доказано, необходимо признать, что безнравственное прошлое подсудимаго внѣ предѣловъ того дѣянія, за которое онъ судится, *съ уголовно-судебной точки зрѣнія безразлично*, какъ не имѣющее отношенія къ событію даннаго преступленія: изъ того, что лицо безнравственно вообще, никакъ нельзя вывести, что оно учинило данное преступленіе; безнравственное поведеніе подлежитъ суду нашей совѣсти, а не санкціи уголовнаго закона.

Поэтому, если прокуроръ черпаетъ улики изъ подобнаго источника, обвиняемый имѣетъ право самъ или черезъ своего защитника протестовать противъ такого *односторонняго* отношенія къ дѣлу обвинительной власти, результатомъ чего можетъ создаться, вѣдь, предубѣжденіе у судящихъ противъ подсудимаго. Прокуратурѣ тѣмъ болѣе строго необходимо соблюдать правила, преподанныя въ 739 статьѣ уст. угол. суд., что за нарушеніе ихъ можетъ послѣдовать самое большее личная отвѣтственность передъ начальствомъ, а не отмѣна приговора [1]). Эти нарушенія, между тѣмъ, существенно вліяютъ на интересы подсудимаго, отражаясь неблагопріятнымъ образомъ на равноправности борющихся въ процессѣ сторонъ.

Въ общемъ сенатская практика, разъясняя ст. 739, проводила начало неотмѣняемости приговора вслѣдствіе нарушенія обвинительною властью этой статьи. Очевидно, она исходила при этомъ изъ того предположенія, что: 1) защита можетъ потребовать занесенія въ протоколъ тѣхъ мѣстъ рѣчи обвинителя, въ которыхъ имъ употреблены неприличныя въ отношеніи подсудимаго выраженія или допущены явныя искаженія обстоятельствъ дѣла; 2) предсѣдатель, въ силу предоставленной ему 611 ст. уст. уг. суд. дискреціонной власти, можетъ устранять въ преніяхъ все, что не имѣетъ прямого отношенія къ дѣлу, не допускать ни оскорбительныхъ для чьей бы то ни было личности отзывовъ, ни нарушенія долж-

---

[1]) Рѣшеніе уголовн. кассац. деп. Правительствующаго Сената 1872/647, по дѣлу Тарнопольскихъ.

наго уваженія „къ религіи, законамъ и установленнымъ властямъ".

Сопоставленіе сказаннаго даетъ возможность вывести общій духъ этихъ положеній, проникнутыхъ гуманнымъ чувствомъ къ сидящему случайно, быть можетъ, на скамьѣ подсудимыхъ.

Правосудіе—актъ справедливости, а не мести; подсудимый—не осужденный. Но если безнравственное прошлое подсудимаго, взятое само по себѣ, безразлично съ уголовно-судебной точки зрѣнія, то нравственныя достоинства его, безукоризненное поведеніе до момента учиненія дѣянія и даже до момента возникновенія преступнаго умысла имѣютъ большое значеніе въ дѣлѣ, служа важными показателями неиспорченности этого подсудимаго, отсутствія въ немъ, полнаго или частичнаго, тѣхъ свойствъ злой воли, которыя грозятъ серьезною опасностью общественнымъ и государственнымъ интересамъ, на стражѣ которыхъ стоитъ уголовный законъ. Поэтому нисколько не будетъ парадоксально утвержденіе, что *такъ называемыми нравственными уликами можно пользоваться внѣ выше указанныхъ предѣловъ только въ интересахъ обвиняемаго, а не во вредъ ему.*

Наклонность рыться въ прошломъ подсудимаго есть проявленіе непониманія духа судебныхъ уставовъ и, въ частности, задачи обвиненія. Съ нашей точки зрѣнія нельзя, поэтому, согласиться съ В. К. Случевскимъ, когда онъ говоритъ, напр., что, въ случаѣ обвиненія подсудимаго въ корыстномъ посягательствѣ, всѣ тѣ личныя свойства подсудимаго, которыя имѣютъ отношеніе къ корысти, должны подлежать изслѣдованію на судѣ. Въ подобныхъ случаяхъ, прежде всего, передъ судьями стоитъ вопросъ: дѣйствовалъ ли при инкриминируемыхъ обстоятельствахъ подсудимый корыстно? Вопросъ же о корыстныхъ наклонностяхъ подсудимаго *вообще* не можетъ составить предмета судебнаго изслѣдованія, такъ какъ онъ—слишкомъ общій и растяжимый.

Если, однако, вѣренъ проводимый нами взглядъ, согласно которому нравственная сторона жизни обвиняемаго до момента возникновенія у него преступнаго умысла не можетъ служить

матеріаломъ для обвиненія и, напротивъ, можетъ и должно служить цѣлямъ защиты, то этимъ путемъ устанавливаются логическія рамки, въ предѣлахъ которыхъ допустимо изслѣдованіе нравственныхъ фактовъ прошлой жизни подсудимаго въ цѣляхъ обвиненія.

Намъ могутъ сдѣлать одно возраженіе, имѣющее, впрочемъ, лишь кажущееся значеніе. Именно, скажутъ, быть можетъ, что при указанныхъ выше предѣлахъ шансы обвиненія и защиты окажутся неравными и принципъ равноправности сторонъ будетъ нарушенъ не въ пользу стороны обвиняющей. Сила этого возраженія парализуется, по нашему мнѣнію, слѣдующими соображеніями. О нарушеніи принципа равноправности могла бы быть рѣчь въ томъ случаѣ только, если бы былъ нарушенъ одинъ изъ четырехъ пунктовъ ст. 630 уст. уг. суд., въ которой, какъ извѣстно, выраженъ этотъ принципъ. Содержаніе этой статьи заключается въ томъ, что прокурору или частному обвинителю, съ одной стороны, и подсудимому или его защитнику, съ другой, предоставляются въ судебномъ состязаніи одинаковыя права, а именно: 1) *представлять, въ подтвержденіе своихъ показаній, доказательства*; 2) *отводить по законнымъ причинамъ свидѣтелей и свѣдущихъ людей, предлагать имъ съ разрѣшенія предсѣдателя суда вопросы, возражать противъ свидѣтельскихъ показаній и просить, чтобы свидѣтели были передопрошены въ присутствіи или въ отсутствіи другъ друга*; 3) *дѣлать замѣчанія и давать объясненія по каждому дѣйствію, происходящему на судѣ*, и 4) *опровергать доводы и соображенія противной стороны*.

Въ этихъ границахъ и долженъ обсуждаться вопросъ о нарушеніи принципа равноправности. Спрашивается: какой же изъ приведенныхъ пунктовъ нарушается въ данномъ случаѣ? Если намъ скажутъ, что нарушается *первый пунктъ*, мы можемъ на это возразить съ полнымъ основаніемъ, что и при указываемомъ нами ограниченіи обвинитель нисколько не стѣсненъ въ правѣ представлять доказательства *бытія даннаго преступнаго дѣянія*, такъ какъ это ограниченіе не касается происходящаго на судѣ юридическаго спора между сторо-

нами, а имѣетъ цѣлью огражденіе личности подсудимаго отъ напрасныхъ вторженій въ сферу его интимной личной жизни, подлежащей суду его совѣсти, въ случаяхъ особенно выдающихся—суду общественнаго мнѣнія, а никакъ не суду уголовному. До тѣхъ поръ, пока виновность подсудимаго не доказана, онъ пользуется наравнѣ съ прочими гражданами государства всѣми присвоенными имъ правами, а въ томъ числѣ и правомъ личной неприкосновенности.

Сколько бы обвинитель ни нагромождалъ матеріала для обрисовки темныхъ сторонъ и безнравственныхъ дѣйствій подсудимаго, онъ, не впадая въ логическую ошибку, не будетъ въ состояніи заключить отъ этихъ фактовъ *къ виновности подсудимаго въ данномъ преступномъ дѣяніи.* Указаннымъ путемъ можно набросить тѣнь на человѣка, поколебать и даже уничтожить его репутацію порядочнаго члена общества, самое большее—создать *презумпцію* (praesumptio) виновности, которой, однако, совершенно недостаточно для построенія какихъ-либо выводовъ. Этотъ видъ презумпцій будетъ, вѣдь, отличаться отъ обычныхъ предположеній о виновности, подтверждаемыхъ, затѣмъ, анализомъ обстоятельствъ дѣла и въ этихъ обстоятельствахъ черпающихъ свою силу и значеніе, тѣмъ, что онъ не можетъ быть провѣренъ обстоятельствами дѣла, такъ какъ, повторяемъ, относится къ тому прошлому подсудимаго, которое не подлежитъ въ данномъ случаѣ судебной оцѣнкѣ.

Въ результатѣ нельзя не будетъ признать, что все это безнравственное, темное прошлое подсудимаго можетъ въ лучшемъ случаѣ только породить *сомнѣніе въ невинности* подсудимаго, но никакъ не составить улики противъ него; всякое же сомнѣніе, согласно одному изъ основныхъ правилъ современнаго уголовнаго процесса, должно быть истолковано въ пользу подсудимаго. Цѣлесообразно ли, слѣдовательно, обвиненію пользоваться такимъ призрачнымъ орудіемъ? „Предположеніе о невинности подсудимаго", совершенно правильно говоритъ В. К. Случевскій: „должно проявляться во всѣхъ процессуальныхъ дѣйствіяхъ, насколько оно не находитъ ограниченія въ прямыхъ предписаніяхъ закона" [1]).

[1]) Op. cit., стр. 74.

Чѣмъ же, однако, какъ не прямо противоположнымъ стремленіемъ объясняется эта наклонность къ любознательнымъ экскурсамъ въ область прошлаго подсудимаго со стороны прокуратуры? Принципъ экономіи средствъ обязателенъ во всякой отрасли государственной дѣятельности, а, слѣдовательно, и въ судебной.

Право защиты приводить нравственные факты прошлой жизни обвиняемаго, говорящіе въ его пользу, является, съ нашей точки зрѣнія, привилегіей не судебно-процессуальной въ строгомъ смыслѣ слова, а уголовно-политической, такъ какъ, осуществляя это право, защита считается, главнымъ образомъ, съ тѣми уголовно-политическими цѣлями, которыя государство преслѣдуетъ въ своей карательной дѣятельности. Государство *караетъ* за опредѣленныя преступныя дѣянія; для борьбы же съ безнравственными, антисоціальными наклонностями оно имѣетъ другія орудія: мѣры предупредительныя.

Съ другой стороны, оно въ иныхъ случаяхъ можетъ смягчить или вовсе отклонить ударъ меча наказанія, готоваго поразить правонарушителя. Отсюда и проистекаютъ тѣ *исключительныя права защиты* (favor defensionis), въ которыхъ большинство процессуалистовъ склонно видѣть нарушеніе принципа равноправности сторонъ въ пользу защиты, мы же видимъ лишь уголовно-политическія гарантіи личности обвиняемаго, положеніе котораго на судѣ безъ этихъ гарантій было бы безъисходно тяжелымъ. „Въ сферѣ уголовныхъ доказательствъ разсматриваемое правило (т. е. правило, обязывающее судъ давать преимущество защитѣ передъ обвиненіемъ) проявляетъ свое дѣйствіе въ томъ, что обвиненіе обязано установить судебную вѣроятность своихъ доказательствъ, защита же лишь правдоподобность въ отношеніи своихъ . . . Разъ приходится одной изъ сторонъ дать преимущества предъ другой, то признаніе этихъ преимуществъ за защитою является дѣломъ прямой справедливости. Правило это проявляетъ свое дѣйствіе не въ одной только области уголовно-процессуальнаго, но и уголовно-матеріальнаго права, такъ какъ при примѣненіи уголовно-матеріальнаго закона къ обстоятельствамъ

отдѣльнаго случая, всякій признакъ преступленія долженъ быть доказанъ, а при существующихъ по этому предмету сомнѣніяхъ законъ долженъ быть толкуемъ въ пользу подсудимаго" [1]).

Переходя къ другимъ пунктамъ ст. 630 уст. уголовн. суд., мы рѣшительно не усматриваемъ какого-либо нарушенія одного изъ нихъ осуществленіемъ защитою указаннаго нами права. Такъ, четвертый пунктъ устанавливаетъ *право опроверженія доводовъ и соображеній противной стороны*. Но развѣ ссылка защитника на безукоризненное прошлое подсудимаго колеблетъ чѣмъ-либо аргументы обвинителя? Развѣ она не выходитъ за предѣлы происходящаго юридическаго спора и не имѣетъ единственною цѣлью дать суду матеріалъ для обсужденія вопроса о цѣлесообразности примѣненія къ преступнику грозящаго ему наказанія въ данномъ конкретномъ случаѣ?

Конечно, и къ этому четвертому пункту примѣнимы всѣ тѣ соображенія, которыя выше были приведены по поводу перваго пункта. Если обвиненіе построено на шаткихъ уликахъ, тогда безукоризненная жизнь подсудимаго явится, разумѣется, лишнимъ шансомъ въ рукахъ защиты, укрѣпляя въ сознаніи судящихъ презумпцію невиновности его, но, вѣдь, и обвиненіе и защита одинаково заинтересованы въ обнаруженіи матеріальной истины касательно совершившагося преступленія. Предвзятая обвинительная тенденція не можетъ имѣть мѣста въ современномъ уголовномъ процессѣ. Лучше оправдать виновнаго, чѣмъ осудить невиннаго. Стремленіе же защиты къ идеализаціи подсудимаго можетъ встрѣтить отпоръ со стороны обвинителя въ фактахъ, установленныхъ въ дѣла или на судебномъ слѣдствіи, не говоря уже о руководителѣ судебнаго слѣдствія—предсѣдателѣ въ силу предоставленной ему дискреціонной власти. Если обвиняемый раньше судился и былъ приговоренъ къ наказанію, то его прежняя судимость можетъ, конечно, служить характернымъ показателемъ его преступныхъ наклонностей;

---

[1]) В. К. Случевскій, op. cit., стр. 75.

но если онъ былъ оправданъ, то упоминаніе о такихъ приговорахъ въ обвинительной рѣчи съ цѣлью вселить предубѣжденіе противъ подсудимаго у судящихъ —неумѣстный обвинительный маневръ. Поэтому, когда, при разборѣ дѣлѣ Яковлева [1]) въ здѣшнемъ окружномъ судѣ, обвинитель коснулся участія подсудимаго въ дѣлѣ о злостномъ банкротствѣ въ 1888 г. (по этому дѣлу Яковлевъ былъ оправданъ), то онъ былъ совершенно правильно остановленъ предсѣдателемъ.

V.

Обратившись отъ этихъ общихъ разсужденій къ конкретной дѣйствительности и остановившись на условіяхъ, напр., дѣятельности суда присяжныхъ, который надо, главнымъ образомъ, имѣть въ виду при оцѣнкѣ вышеуказанныхъ обвинительныхъ пріемовъ, мы получимъ дальнѣйшее подтвержденіе правильности высказанныхъ соображеній.

Изученіе вердиктовъ присяжпыхъ засѣдателей показываетъ, что ихъ больше всего интересуетъ, имѣютъ ли они дѣло съ привычнымъ преступникомъ или же это, подлежащее ихъ суду, преступленіе вызвано исключительно неблагопріятно сложившимися для обвиняемаго обстоятельствами его жизни. Въ послѣднемъ случаѣ обвиняемый всегда можетъ разсчитывать на снисхожденіе и даже нерѣдко на оправданіе.

Фактическая сторона дѣла, бытовая его окраска—всегда привлекаютъ большее вниманіе присяжныхъ засѣдателей, чѣмъ нравственная личность подсудимаго вообще. Это слѣдуетъ имѣть въ виду тѣмъ, кто, останавливаясь на бьющемъ въ глаза противорѣчіи между доказанностью факта преступленія и оправдательнымъ вердиктомъ, спѣшитъ съ нападками на судъ присяжныхъ, не стараясь вникнуть въ глубокій смыслъ, заложенный въ эти хулимые вердикты. Разборъ этихъ вердиктовъ, между тѣмъ, былъ бы иногда полезенъ и для обвинителей, какъ образчикъ умѣлой оцѣнки добытыхъ по дѣлу данныхъ. „Судъ улицы“ оказывается при этомъ иногда на

[1]) Защищалъ Яковлева С. А. Андреевскій.

такой высотѣ, которой не достигла тропа многихъ и многихъ обвинителей.

Сравнительно не такъ давно Саратовскій окружной судъ съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей разсматривалъ дѣло по обвиненію поселянина Г. по 1681 ст. улож. о наказ., т. е. въ растратѣ на сумму свыше 300 рублей. Скамью подсудимыхъ занялъ 19-тилѣтній юноша, который служилъ писцомъ въ конторѣ мѣстнаго торговаго дома Рейнеке. Обстоятельства дѣла, заслуживающія общественнаго вниманія, заключались въ слѣдующемъ: 16-лѣтняго мальчика взялъ къ себѣ на службу богатый торговый домъ и поручилъ ему вести денежныя дѣла по оплатѣ „накладныхъ" желѣзныхъ дорогъ и выдачѣ жалованья служащимъ. Такимъ образомъ у Г. на рукахъ всегда были деньги, которыя и привлекли вниманіе не столько самого юноши, сколько его пріятелей. Они увидѣли въ Г. выгоднаго компаньона и познакомили юношу съ прелестями ресторановъ, кафе-шантановъ и т. п. заведеній. Г. противъ соблазна не устоялъ; въ результатѣ вскорѣ была обнаружена растрата части суммъ указаннаго торговаго дома и Г. попалъ на скамью подсудимыхъ. Конечно, „пріятели" Г. остались въ сторонѣ; у нихъ же остались отчасти и деньги, данныя Г. имъ взаймы. Ко дню судебнаго разбирательства дѣла родственники обвиняемаго пополнили всю растраченную сумму, такъ что торговый домъ нисколько не пострадалъ. На судѣ обвиняемый чистосердечно разсказалъ свою грустную исторію и присяжные засѣдатели, послѣ непродолжительнаго совѣщанія, вынесли оправдательный вердиктъ.

Этотъ примѣръ типиченъ въ томъ отношеніи, что самый фактъ растраты являлся несомнѣннымъ, а между тѣмъ обвиняемый былъ оправданъ. Но дѣло въ томъ, что растрата, будучи даже доказана, не даетъ еще, сама по себѣ, матеріала для заключенія о виновности. Во-первыхъ, растрата требуетъ умышленности и не можетъ отождествляться съ небрежностью въ веденіи счетовъ, торговыхъ книгъ и т. д.; во-вторыхъ, умыселъ долженъ быть направленъ на корысть и на чужое имущество; затѣмъ нравственная личность растратившаго являетъ много оттѣнковъ, фактъ пополненія растраты,

наличность легкомыслія etc—все это имѣетъ свое вліяніе на оцѣнку доказательнаго матеріала, и путемъ сложнаго комбинированія всѣхъ этихъ данныхъ дѣла получился тотъ выводъ, который воплотился въ приведенный вердиктъ.

Мы взяли еще относительно менѣе сложный примѣръ. Что же сказать о тѣхъ крупныхъ дѣлахъ, которыя по загадочности ли обстановки преступленія, по положенію ли дѣйствующихъ лицъ приковываютъ къ себѣ общественное вниманіе и вызываютъ самые разнообразные толки? Такія дѣла, въ случаѣ оправдательнаго приговора, особенно ожесточаютъ ненавистниковъ присяжнаго суда. Нѣчто подобное произошло, какъ, вѣроятно, всѣ помнятъ, по окончаніи дѣла Коноваловой, обвинявшейся въ убійствѣ своего мужа. Коновалова была оправдана, хотя и созналась въ совершенномъ ею убійствѣ. Прокуратура поспѣшила подать кассаціонный протестъ... Не останавливаясь на подробностяхъ этого дѣла, за судебнымъ слѣдствіемъ по которому мы слѣдили тогда съ большимъ вниманіемъ, отмѣчая здѣсь съ удовольствіемъ сдержанность и спокойствіе общаго тона рѣчи обвинителя, мы думаемъ, что разгадки приговора надо искать также и тутъ въ бытовой обстановкѣ ужасающей драмы, которая разыгралась въ семьѣ Коноваловыхъ. Анализъ этой драмы, послужившій матеріаломъ защитительной рѣчи присяжнаго повѣреннаго В. А. Плансона (одного изъ защитниковъ Коноваловой), въ связи со всѣмъ тѣмъ, что прошло передъ глазами присяжныхъ засѣдателей во время хода судебнаго слѣдствія, руководилъ несомнѣнно „судьями улицы" при постановкѣ своего приговора. Поэтому порицателямъ приговора по этому дѣлу слѣдовало бы принять въ соображеніе бытовую его сторону.

Говоря о предѣлахъ пользованія нравственными уликами обвинителемъ, необходимо имѣть въ виду, что соблюденіе границъ судебнаго изслѣдованія является юридическою и нравственною обязанностью не только обвинителя и защитника, но и предсѣдательствующаго, какъ руководителя судебнаго слѣдствія. Согласно ст. 803 уст. угол. суд., онъ обязанъ предостерегать присяжныхъ засѣдателей противъ увлеченій, какъ въ пользу оправданія, такъ и въ пользу обвине-

нія, а равно не допускать такого направленія изслѣдованія. Въ кассаціонной практикѣ Сената мы встрѣчаемся со случаями кассированія приговора въ виду несоблюденія требованій 803 статьи [1]).

VI.

Помимо нравственныхъ данныхъ изъ прошлаго подсудимаго, не меньшій интересъ представляетъ вопросъ о томъ, въ какихъ предѣлахъ можно и должно пользоваться прочимъ фактическимъ матеріаломъ. Уже въ предыдущемъ изложеніи эти предѣлы были отчасти намѣчены и намъ остается остановиться лишь на нѣкоторыхъ подробностяхъ.

Какъ мы уже говорили, на судѣ должны подлежать провѣркѣ всѣ данныя, имѣющія непосредственное отношеніе къ законному составу преступнаго дѣянія, въ учиненіи котораго обвиняется подсудимый. Сюда, понятно, входитъ и изслѣдованіе обстоятельствъ, могущихъ оказать вліяніе на уголовную отвѣтственность, въ смыслѣ усиленія или смягченія ея.

Вопросъ о томъ, въ какихъ предѣлахъ можетъ служить объектомъ судебнаго изслѣдованія личность подсудимаго предрѣшается уже предыдущимъ. Такъ какъ уликами, т. е. фактами, по которымъ заключается о наличности другихъ фактовъ, долженствующихъ послужить базисомъ внутренняго судейскаго убѣжденія, устанавливается: 1) *событіе преступленія* и 2) *виновность лица*, то, сообразно съ этимъ, сила ихъ зиждется преимущественно на степени достовѣрности факта, лежащаго въ ихъ основѣ, на ихъ взаимной связи и *неправильности дѣлаемаго по нимъ умозаключенія*.

Здѣсь не мѣсто останавливаться на подробномъ разборѣ двухъ послѣднихъ основаній силы уликъ.

Легко видѣть, что вопросъ о комбинированіи уликъ и извлеченіи изъ нихъ выводовъ всецѣло составляетъ предметъ логики. Онъ былъ изслѣдованъ рядомъ ученыхъ въ спеціаль-

---

[1]) Рѣшеніе уголов. кассац. деп. Прав. Сената по дѣлу Кетхудова, 1888 г. № 16.

ныхъ трактатахъ. Въ результатѣ пало столь долго державшееся дѣленіе уликъ напрямыя и косвенныя.

„Вся статья объ уликахъ“, замѣчаетъ проф. Жиряевъ въ своей „Теоріи уликъ“ [1]): „представляется въ современной юриспруденціи какимъ-то необыкновенно запутаннымъ, цѣлыя столѣтія длящимся процессомъ, акты коего возросли до огромной массы фоліантовъ, гдѣ безпристрастный изслѣдователь истины легко можетъ потеряться pro и contra“. По мнѣнію Глазера [2]), косвенныя улики—обстоятельство, дающее средство къ установленію между фактомъ, допускаемымъ въ видѣ гипотезы и, слѣдовательно, еще не достовѣрнымъ (подлежащимъ доказыванію), и остальными, уже извѣстными обстоятельствами происшествія, такой связи, въ силу которой единственно мыслимымъ или единственно соотвѣтствующимъ обыкновенному ходу вещей объясненіемъ происшествія представляется признаніе этого факта истиннымъ; разница между прямыми доказательствами и косвенными уликами ограничивается тѣмъ, что при примѣненіи первыхъ большая посылка состоитъ въ обыкновенномъ, постоянно повторяющемся положеніи, благодаря чему и умозаключеніе дѣлается почти безсознательно для доказывающаго; между тѣмъ косвенныя улики требуютъ одного умозаключенія въ примѣненіи къ обстоятельству, доказанному историческимъ путемъ, и другого, почти всякій разъ новаго умозаключенія для вывода изъ этого послѣдняго доказываемаго положенія.

Однако и прямыя доказательства не всегда основаны исключительно на абстрактныхъ положеніяхъ, оправдывающихъ довѣріе къ нимъ: и здѣсь иногда необходимы провѣрка и рядъ умозаключеній.

Далѣе, существуютъ сложныя доказательства, въ которыхъ убѣжденіе въ справедливости даннаго обстоятельства основывается не только на довѣріи къ данному показанію, но и на опредѣленномъ сужденіи о степени достовѣрности сдѣланныхъ свидѣтелемъ выводовъ. Наконецъ,

---

1) Дерптъ, 1855 г.

2) „Lehre dev Beweise“. 1883 г., стр. 141.

нѣкоторыя доказательства, считающіяся прямыми, въ сущности могутъ составить только основанія для умозаключеній, въ другихъ—достовѣрность получается изъ посредственнаго свидѣтельства, что бываетъ и при такъ называемыхъ косвенныхъ уликахъ, когда одна косвенная улика доказывается другими косвенными уликами.

Глазеръ находитъ, что рѣшающее значеніе имѣетъ лишь одинъ признакъ, а именно: оканчивается ли цѣпь доводовъ лицомъ, утверждающимъ изъясненное обстоятельство на основаніи собственнаго наблюденія, или же—нѣтъ; всякое обстоятельство, говоритъ онъ, которое не удостовѣряется первымъ способомъ, можетъ быть доказано лишь посредствомъ косвенныхъ уликъ.

Всѣ попытки дѣленія доказательствъ на прямыя и косвенныя сводятся къ предполагаемому различію источниковъ ихъ [1]). Если согласиться съ теоріями Уильза [2]) и Глазера, то область прямыхъ доказательствъ сведется, по мнѣнію Фойницкаго, почти къ нулю. Именно, по Глазеру и Уильзу прямыми доказательствами являются: 1) разсказы свидѣтелей и подсудимаго, излагающіе лично извѣстныя имъ обстоятельства и принимаемыя по довѣрію къ нимъ, и 2) непосредственное чувственное воспріятіе судей. Однако здѣсь возможны слѣдующія возраженія, приводимыя Фойницкимъ: 1) судебная истина въ смыслѣ современнаго процесса—продуктъ знанія, а не вѣры или чувства; 2) случаи непосредственнаго чувственнаго воспріятія судьею обстоятельства, подлежащаго рѣшенію въ дѣлѣ, крайне рѣдки и, что еще важнѣе, нежелательны, противорѣча положенію, согласно которому судья не можетъ разрѣшать дѣла на основаніи собственнаго свидѣтельства: функція судейская и свидѣтельская несовмѣстимы. „Мы приходимъ . . . къ тому заключенію, что раздѣленіе доказательствъ по источникамъ ихъ на прямыя и косвенныя или обстоятельственныя представляется устарѣвшимъ. Въ современномъ процессѣ оцѣнка доказательствъ стала умствен-

---

[1]) „Курсъ уголов. судопроизводства", т. II, изд. 1899 г., стр. 288 и далѣе.
[2]) „Опытъ теоріи косвенныхъ уликъ", перев. Унковскаго, Москва, 1864 г.

нымъ процессомъ судьи, и потому доказательство предполагаетъ участіе или посредство мыслительной человѣческой дѣятельности, т. е. всякое доказательство стало обстоятельственнымъ или посредствующимъ, раціональнымъ. Довѣріе личное или авторитетъ, какъ самостоятельные факторы доказательнаго права, болѣе и болѣе утрачиваютъ значеніе, и *оцѣнка доказательствъ, ставъ дѣятельностью мыслительною, во всѣхъ своихъ частяхъ требуетъ участія критической мысли на почвѣ реальныхъ фактовъ*" [1]). Мы умышленно подчеркнули послѣднія слова приведенной цитаты, такъ какъ усматриваемъ въ этихъ словахъ рѣшительный и справедливый протестъ противъ господства въ сферѣ уголовно-судебнаго изслѣдованія чисто—теоретическаго, отвлеченнаго направленія. На судѣ оперируютъ не надъ абстракціями, а надъ живымъ человѣкомъ во плоти и крови.

Судя о человѣкѣ необходимо, поэтому, принимать во вниманіе все то, что понынѣ извѣстно о человѣкѣ, о его психической жизни, о бытовой обстановкѣ, въ которой онъ жилъ и дѣйствовалъ. Умозаключенія, не опирающіяся на психологическія основанія, тамъ, гдѣ дѣло идетъ о преступленіи, порожденномъ сложнымъ душевнымъ настроеніемъ, всегда будутъ имѣть весьма малую цѣнность.

Біографіи преступниковъ представляютъ множество примѣровъ отуманивающаго вліянія чувства и страсти. Иногда, говоритъ Гефдингъ [2]), представленіе о преступномъ дѣяніи можетъ до такой степени овладѣть душой, что оно является единственною реальностью. У Шекспира это настроеніе мастерски выражено въ „Макбетѣ".

Убійство—мысль; оно еще въ умѣ;
Но эта мысль встревожила всю душу!
Вся сила органовъ подавлена.
Исчезла истина, и міръ видѣній
Меня объялъ.

(Переводъ А. Кронеберга, I, 3).

---

[1]) Фойницкій, ibidem, стр. 230.

[2]) „Очерки психологіи, основанной на опытѣ". Переводъ подъ ред. Я. Колубовскаго, С.-П.Б. 1898 г.

Въ большинствѣ преступленій можно, по словамъ Ансельма фонъ-Фейербаха [1]), съ полною опредѣленностью доказать, что разумъ преступника былъ ослѣпленъ обольстительною силой побужденій, которыя овладѣли имъ, что онъ попалъ подъ власть страшнаго вожделѣнія, что онъ былъ ограниченъ въ свободномъ примѣненіи своей дѣятельности, и что именно эта ограниченность была главною причиною преступнаго дѣянія.

Отсюда, конечно, далеко до признанія лица невмѣняемымъ въ данномъ случаѣ, но нельзя не принимать вышеприведеннаго во вниманіе при опредѣленіи степени виновности лица. Быть можетъ, тогда угасъ бы обвинительный пылъ иныхъ прокурорскихъ рѣчей и суровое пренебреженіе къ преступнику людскихъ законовъ смѣнилось бы призывомъ къ жалости и милосердію къ человѣку, дѣйствовавшему подъ неумолимымъ гнётомъ недопускающихъ исключеній законовъ человѣческой природы.

Замѣчаемыя иногда непослѣдовательности въ поступкахъ людей, находящихся подъ давленіемъ сильнаго чувства, не могутъ быть удовлетворительно объяснены безъ знакомства съ психологическими законами. Такъ, когда лэди Макбетъ хочетъ наложить руку на стараго короля, ее удерживаетъ сходство короля съ ея отцомъ.

. . . . . . „Не будь онъ
Во снѣ такъ рѣзко на отца похожъ,
Я поразила бы его сама“.

(Переводъ А. Кронеберга, II, 2).

Тутъ, по мнѣнію Гефдинга, дѣйствуетъ законъ контраста, вызывающій живое представленіе о нравственномъ законѣ и объ интересѣ, который мы уже готовы нарушить или, какъ въ данномъ случаѣ, вызывающій образы, которые въ состояніи задержать потокъ господствующаго чувства.

Любопытны и чрезвычайно тонки замѣчанія Гефдинга о процессѣ, путемъ котораго человѣкъ внушаетъ себѣ мысль о необходимости совершить преступленіе. По его словамъ, когда

[1]) „Aktenmässige Darstellung merkwürdiger Verbrechen“, II, стр. 342.

удовлетвореніе страсти наталкивается на препятствіе въ душѣ человѣка,—онъ можетъ привести въ движеніе даже разсудокъ и фантазію, чтобы найти основанія для заглушенія внутренняго голоса. *Внутреннее противорѣчіе невыносимо и должно быть какимъ-нибудь образомъ устранено*. Человѣкъ, поэтому, самъ передъ собой выступаетъ адвокатомъ съ софистическими доводами.

Когда знакомишься съ современнымъ ученіемъ о душевной дѣятельности человѣка, становится все болѣе яснымъ, какъ сложно и трудно бываетъ во многихъ случаяхъ составить себѣ несомнѣнное убѣжденіе въ виновности лица. Иногда эта трудность представляется настолько значительною, что приходится согласиться съ тѣми, которые склоняются въ пользу оправданія подсудимаго.

Еще Беккаріа замѣтилъ, что вредъ безнаказанности настолько менѣе значителенъ, насколько распространенность данныхъ преступленій зависитъ отъ исключительныхъ причинъ, а не отъ часто случающейся безнаказанности. Въ такъ называемыхъ сенсаціонныхъ преступленіяхъ и наблюдается именно такое стеченіе исключительныхъ причинъ. Поэтому въ подобныхъ случаяхъ задача обвиненія и защиты усложняется оцѣнкою того значенія, которое въ данномъ дѣлѣ имѣло душевное настроеніе подсудимаго. Матеріаломъ же, изъ котораго они черпаютъ свои юридическіе выводы, служатъ, помимо судебно-медицинской экспертизы, вся конкретная обстановка дѣянія, мотивы, которыми обвиняемое лицо руководилось, и т. д.

Только, возвысившись на такую точку зрѣнія, можно будетъ обнять и привести къ необходимому единству весь имѣющійся по дѣлу доказательный матеріалъ. Тогда станутъ болѣе рѣдки и протесты, вызываемые оправдательными приговорами присяжныхъ.

Вопросъ о пользованіи уликами особенно рельефно обрисовывается при разсмотрѣніи приговоровъ присяжныхъ. Судъ присяжныхъ, по словамъ А. М. Бобрищева - Пушкина [1]),

[1]) „Эмпирическіе законы дѣятельности русскаго суда присяжныхъ“, 1896 г., стр. 612.

всегда рѣшаетъ данный конкретный случай согласно его особенностямъ, а не по шаблону. Если, далѣе, личность подсудимаго представляется присяжнымъ засѣдателямъ недостаточно развитою или подверженною крайнимъ увлеченіямъ,—она вызываетъ къ себѣ сочувственное отношеніе, такъ какъ „*подобный подсудимый самъ нуждается въ охранѣ*". Одно изъ главныхъ основаній оправдательныхъ приговоровъ это—*несоотвѣтствіе уголовныхъ законовъ дѣйствительной жизни, т. е. правосознанію присяжныхъ*.

Если къ этому добавить, что уголовный судъ не является единственнымъ средствомъ борьбы съ преступностью, что наряду съ нимъ имѣется въ распоряженіи уголовной власти рядъ мѣръ предупредительныхъ, что уголовная репрессія нерѣдко отражается не только на виновникѣ преступленія, но и на его родныхъ, друзьяхъ и вообще лицахъ, связанныхъ съ нимъ общностью интересовъ,—тогда станетъ особенно очевиднымъ, насколько осторожно и осмотрительно необходимо разбираться въ данныхъ дѣла, и это—не столько даже въ интересахъ самого сидящаго на скамьѣ подсудимыхъ, сколько въ общегосударственныхъ, уголовно - политическихъ интересахъ. *Во время отказаться отъ обвиненія или воздержаться отъ страстности нападокъ—нерѣдко значитъ именно выполнить ту задачу, которая возлагается государствомъ на представителя обвиненія, какъ на блюстителя закона.*

Вл. Акимовъ.

ЛИТЕРАТУРНОЕ ОБОЗРѢНІЕ.

Rudolf Müller-Erzbach, Privatdozent in Bonn. *Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt.* Berlin 1905.

Въ нѣмецкой юридической литературѣ не разъ уже поднимались голоса въ пользу реформы ученія о косвенномъ представительствѣ. Регельсбергеръ, Ф. Эндеманъ, Р. Леонардъ, М. Рюмелинъ и рядъ другихъ цивилистовъ указывали на отрицательныя стороны этого ученія въ его настоящемъ видѣ. Въ особенности же Шлосману [1]) удалось обратить вниманіе на его несостоятельность, выяснить, что предъ нами даже вовсе нѣтъ цѣльнаго и однороднаго правового института.

Этой же темѣ посвящена содержательная, умно и живо написанная работа, заголовокъ которой выписанъ выше.

Заключать „для другого" юридическія сдѣлки возможно, какъ извѣстно, двояко. Либо сдѣлка откровенно заключается отъ имени лица представляемаго, истинно и главнѣйшимъ образомъ заинтересованнаго, либо представитель посредникъ выступаетъ, правда, „за счетъ" представляемаго, но отъ своего собственнаго имени. То обстоятельство, что и въ этомъ второмъ случаѣ въ основѣ лежитъ чужой интересъ, не выдвигается и во всякомъ случаѣ не входитъ въ сдѣлку составной ея частью. Тогда говорятъ о посредственномъ, непрямомъ или косвенномъ представительствѣ. Что, казалось бы, проще такого правоотношенія? что естественнѣе того

[1]) Въ его „Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen" I, II (1900, 1902).

положенія, по которому посредникъ здѣсь является исключительно управомоченнымъ и исключительно же обязаннымъ лицомъ? Косвенно представляемый обыкновенно и не упоминается въ договорѣ съ третьимъ лицомъ; послѣднее, контрагентъ посредника весьма часто и не знаетъ, что сдѣлка совершается въ конечномъ итогѣ „для другого". Какъ же, при такихъ условіяхъ, могли бы въ лицѣ представляемаго создаваться права и обязанности, какимъ же образомъ онъ самъ, его отношеніе и особенности были бы способны оказать хотя малѣйшее вліяніе на дѣйствіе и судьбу сдѣлки?! Если, посему, и положительное право, и господствующее ученіе его совершенно оставляютъ въ сторонѣ, то это не болѣе какъ послѣдовательно и даже логически обязательно. Отсюда понятно отрицаніе за посредственнымъ представительствомъ характера представительства вообще, понятно, почему, напримѣръ, германское гражданское уложеніе и совсѣмъ отказалось отъ включенія въ законъ какихъ бы то ни было постановленій насчетъ представительства даннаго вида [1]).

И при всемъ томъ, справедливо заявляетъ Мюллеръ-Эрцбахъ, наблюдаются правовыя явленія, которыя нынѣ не согласуются съ намѣченной простотою и логичностью, а, напротивъ того, доказываютъ, что настоящая нормировка вопроса не соотвѣтствуетъ фактическимъ отношеніямъ и интересамъ и, стало быть, не можетъ быть проведена въ ея послѣдствіяхъ.

Господствующей доктринѣ, не знающей, въ области косвеннаго представительства, отношеній между представляемымъ и третьимъ лицомъ, нашъ авторъ противопоставляетъ свой взглядъ, сводящійся, въ нѣсколькихъ словахъ, къ слѣдующему. Необходимо, наоборотъ, допустить непосредственныя правоотношенія между представляемымъ и третьимъ лицомъ. Представляемый непремѣнно долженъ пріобрѣтать права изъ договора, заключаемаго посредникомъ съ третьимъ контрагентомъ (такъ называемаго Aussenvertrag); мало того: эти права пріобрѣтаетъ исключительно онъ, на долю же посредника выпадаетъ лишь сравнительно скромная роль лица, управомоченнаго получить слѣдуемое. Съ другой стороны, представляемый долженъ вступить и въ обязательства, вытекающія изъ того же договора, такъ что въ результатѣ къ услугамъ третьяго лица оказываются два должника—посредникъ и, рядомъ съ нимъ, представляемый.

---

[1]) См. Motive, I, стр. 223 и сл.

Для обоснованія этого своего взгляда, Мюллеръ-Эрцбахъ, въ чисто теоретической части своего изслѣдованія, старается доказать, что нынѣ принятая постановка вопроса, противорѣчащая, по его мнѣнію, интересамъ дѣла, вмѣстѣ съ тѣмъ противорѣчитъ нѣкоторымъ основнымъ юридическимъ началамъ, вызывая въ многочисленныхъ случаяхъ неразрѣшимыя коллизіи.

Такъ, германское гражданское уложеніе установляетъ отвѣтственность за умыселъ и небрежность. Но кто несетъ такую отвѣтственность? Законъ въ § 276 говоритъ: „должникъ". Если, слѣдовательно, передъ нами договоръ, совершенный непрямымъ представителемъ, договоръ, въ которомъ, очевидно, представляемый не является „должникомъ" въ правовомъ смыслѣ слова, даромъ, что онъ-то именно долженъ будетъ получить или уплатить,—то § 276 B. G. B. здѣсь не найдетъ примѣненія къ представляемому. Пусть послѣдній поступаетъ, какъ ему угодно, пусть онъ небрежно или даже злоумышленно противодѣйствуетъ исполненію договора посредника съ третьимъ лицомъ,—все равно: онъ неуязвимъ, *его* не связываетъ договорная bona fides, противъ него правопорядокъ не реагируетъ. И нельзя ссылаться на то, что, съ своей стороны, представляемый, какъ стоящій въ правовыхъ отношеніяхъ къ посреднику, отвѣчаетъ, въ качествѣ манданта или комиттента, предъ нимъ, посредникомъ, и, стало быть, косвенно также предъ третьимъ лицомъ. Такое умозаключеніе ошибочно. Не должно забывать, что представляемый отвѣтствуетъ предъ своимъ представителемъ лишь постольку, поскольку представитель самъ оказывается отвѣтственнымъ. Разумѣется, представляемый обязанъ представителю возмѣстить затраты, которыя тотъ понесъ ради исполненія порученія; разумѣется, представляемый долженъ принять на себя обязательство, лежащее на представителѣ въ силу того же исполненія порученія и т. д. (B. G. B. §§ 670, 683 и сл.),—но все это лишь подтверждаетъ, что рѣшающимъ моментомъ служитъ обязательство *представителя* и только его. Третьему лицу, такимъ образомъ, отвѣтственность представляемаго предъ представителемъ пользы принести не можетъ, ибо представитель за вину представляемаго отвѣтственности не подвергается. Примѣръ: А. поручилъ комиссіонеру В. продать картину, которую, однако, послѣ того самъ, несмотря на порученіе, продаетъ и передаетъ добросовѣстному X. Между тѣмъ и комиссіонеръ, съ своей стороны, продалъ ту же картину покупателю У., но, вслѣдствіе дѣйствій манданта, обязательства своего предъ У. выполнить не въ состояніи. Что остается

дѣлать нашему У.? Ровно ничего. В., какъ ни въ чемъ не повинный, не отвѣчаетъ, а вмѣстѣ съ нимъ не отвѣчаетъ и А. Иного рода результатъ, очевидно, можетъ наступить только тогда, когда посредникъ отвѣчаетъ и помимо своей вины, т. е. за простой случай.

Далѣе нерѣдко, конечно, для наличности и объема обязательства имѣетъ значеніе фактъ знакомства участниковъ сдѣлки съ извѣстными обстоятельствами. И въ данномъ отношеніи приходится сказать, что дѣйствующее право не считается съ посредственно представляемымъ—въ противоположность, прибавимъ, представительству прямому, для котораго § 166 германскаго гражданскаго уложенія кодифицируетъ теорію Миттейса и Дернбурга о необходимости принимать во вниманіе волю (и ея дефекты) какъ представителя, такъ и принципала. Такимъ образомъ, дана возможность извлечь пользу изъ неосвѣдомленности своего косвеннаго представителя, за спиною котораго ничего не мѣшаетъ скрыть свое собственное полное и отчетливое знаніе дѣла.

Для надлежащей оцѣнки вопроса, нелишне имѣть въ виду еще, напримѣръ, § 123 того же B. G. B., который весьма опредѣленно придаетъ значеніе обману (допуская оспариваніе волеизъявленія) только въ томъ случаѣ, если объ обманѣ зналъ (или долженъ былъ знать) или участникъ сдѣлки, или *непосредственно* пріобрѣвшій изъ нея какое-либо право.

Съ другой стороны, изъ такой, положимъ, нормы, какъ § 440 B. G. B., ясно, что отъ господствующаго построенія отношеній при непрямомъ представительствѣ способенъ пострадать и представляемый. Въ самомъ дѣлѣ, позволительно, по меньшей мѣрѣ, сомнѣваться, принадлежитъ ли представляемому право требовать очистки, когда *онъ* принужденъ былъ отдать вещь третьему лицу. Или, возвращаясь къ заблужденію: какъ прикажете помочь представляемому, если жертвою подобнаго изъяна воли сталъ опять-таки именно онъ? Пожалуй, скажутъ: никакой помощи и не надобно; третье лицо не должно терпѣть ущерба отъ ошибки представляемаго, а потому и не обязано мириться съ оспариваніемъ сдѣлки на такомъ основаніи; оно, это третье лицо, могло и не знать, что сдѣлка совершалась контрагентомъ за чужой счетъ. Но это возраженіе не выдерживаетъ критики. Зналъ ли контрагентъ, или не зналъ, указанное обстоятельство мало интересно. Не въ томъ дѣло, могъ ли онъ предусмотрѣть, или нѣтъ, заблужденіе. Возможность предвидѣнія ошибки другою стороной отнюдь не является

условіемъ оспариванія сдѣлки. Наоборотъ: § 122 B. G. B. даже лишаетъ другую сторону всякаго права требовать возмѣщенія убытковъ, разъ она должна была считаться съ возможностью ошибки. А слѣдовательно, и для третьяго лица должно быть безразлично, кто заблуждался: посредникъ ли, или какой-нибудь, скажемъ, комиттентъ. Ущерба отъ оспариванія сдѣлки оно не испытываетъ (§ 122, вѣдь, предоставляетъ ему отыскивать убытки), а обогащаться безъ основанія и ему не слѣдуетъ. Конечный выводъ таковъ: и комиттентъ, въ разсматриваемомъ случаѣ, заслуживаетъ, чтобы правопорядокъ его взялъ подъ свою защиту; къ сожалѣнію, однако, правопорядокъ ему въ томъ отказываетъ.

И все это, резонно замѣчаетъ Мюллеръ-Эрцбахъ, происходитъ оттого, что посредственно представляемый стоитъ внѣ обязательства, что не существуетъ прямого правоотношенія между нимъ и третьимъ лицомъ.

Въ правильности своего воззрѣнія авторъ убѣждается еще на основаніи другого рода соображеній. Господствующее ученіе, говоритъ онъ, неизбѣжно приводитъ къ „конфликту съ субъективной природой обязательственныхъ правъ". Этою, не вполнѣ, впрочемъ, точною и подходящей формулой онъ хочетъ сказать вотъ что. Всякій разъ какъ требованіе объ исполненіи обращается въ требованіе возмѣстить ущербъ или „интересъ", объемъ „интереса" опредѣляется индивидуальными условіями на сторонѣ вѣрителя, а такъ какъ вѣрителемъ является вмѣсто косвенно представляемаго посредникъ, то—на сторонѣ послѣдняго. Но тутъ-то сейчасъ и сказывается ненормальность современной нормировки посредственнаго представительства. Дѣло въ томъ, что посредникъ вовсе не „заинтересованъ" въ исполненіи третьимъ лицомъ принятаго имъ на себя обязательства. Какъ же посреднику искать „интереса", котораго у него нѣтъ? Очевидно, онъ этого не можетъ, но точно также не можетъ и представляемый: правда, у него „интересъ" безусловно имѣется, но за то у него нѣтъ другого необходимаго предположенія иска—правоотношенія, а съ нимъ и юридическаго титула. Едва ли нужно пояснять, что жизнь съ подобнымъ положеніемъ вещей помириться не могла. Но какъ же вышли изъ затрудненія? Очень просто. Не сумѣвъ развязать узелъ, его разрубили: вмѣсто интереса представляемаго поставили интересъ посредника—и успокоились, закрывъ глаза на то, что тѣмъ самымъ создана была аномалія, одинаково идущая въ разрѣзъ и съ логикой, и съ систематикой, и съ научностью вообще. Достойно еще вниманія,

что „рѣшеніе" вопроса неожиданно выдвигаетъ лицо *представляемаго* и считается съ данными, *его* касающимися. Не знаменательное или это свидѣтельство въ пользу того, что игнорировать представляемаго, отодвигать его въ сторону невозможно? Это во-первыхъ. Но во-вторыхъ: что это за раздѣленіе роли вѣрителя на какихъ-то двѣ роли—формальнаго вѣрителя (посредника) и вѣрителя матеріальнаго, въ каковой роли порою выступаетъ представляемый?! И далѣе: удалось ли, по крайней мѣрѣ, цѣною допущенной непослѣдовательности, дѣйствительно избѣжать всѣхъ тѣхъ конкретныхъ выводовъ, отъ которыхъ хотѣли уйти? Нисколько. Въ рядѣ случаевъ, несмотря на все, тѣмъ не менѣе получаются непріемлемыя для сторонъ послѣдствія. Достаточно обратиться къ § 255 германскаго гражданскаго уложенія [1]), чтобы видѣть, что заключающееся въ немъ справедливое предписаніе не находитъ или можетъ не найти себѣ приложенія, когда, при косвенномъ представительствѣ, контрагентъ представителя обязанъ вознаградить за понесенные убытки. Въ качествѣ „Ersatzberechtigter" по § 255 всегда явится представитель, между тѣмъ какъ долженствующія быть переуступленными притязанія, по общему правилу, будутъ достояніемъ представляемаго.

Наконецъ, не малыя затрудненія порождаетъ традиціонный взглядъ на нашъ институтъ при конкурсѣ посредника. И тутъ прочно установившееся право далеко не на высотѣ положенія. И понятно, почему. Къ конкурсной массѣ посредника относится все то, на что онъ вправѣ притязать чисто юридически, строго формально. Въ нее, поэтому, войдутъ его права требованія не только противъ представляемаго, но и противъ третьяго лица. Насколько, однако, подобное явленіе нежелательно, понятно и безъ разъясненія. Требованіе противъ третьяго контрагента въ дѣйствительности вовсе не принадлежитъ къ массѣ посредника; *матеріально* сдѣлка, заключенная имъ съ третьимъ лицомъ, для него—сдѣлка постороннихъ людей; заключая ее, онъ располагалъ и рисковалъ не своимъ имуществомъ, и не свое имущество онъ намѣревался умножить получкою отъ третьяго лица. Между тѣмъ картина эта

---

[1]) Онъ гласитъ: „Кто долженъ возмѣстить ущербъ, причиненный лишеніемъ вещи или права, тотъ обязанъ къ возмѣщенію лишь при переуступкѣ ему тѣхъ притязаній, которыя принадлежатъ лицу, имѣющему право на возмѣщеніе („dem Ersatzberechtigten". Русскій переводъ изд. „Журн. Мин. Юст." не совсѣмъ удачно говоритъ о „потерпѣвшемъ"), или какъ собственнику вещи, или на основаніи его права относительно третьихъ лицъ".

грубо извращается въ случаѣ наступленія конкурса посредника: его кредиторы допускаются къ дѣлежу притязаній противъ третьяго лица—наравнѣ съ представляемымъ, который, такимъ образомъ, вслѣдствіе формальнаго отношенія къ вопросу, долженъ удовлетвориться своей *долею* тогда, когда его истинный должникъ на самомъ дѣлѣ вполнѣ состоятеленъ. Въ роли потерпѣвшаго, впрочемъ, можетъ оказаться и не представляемый, а третье лицо. Чтобы въ этомъ убѣдиться, стоитъ лишь предположить, что еще не осуществлена претензія, принадлежащая третьему лицу противъ представляемаго. Эта претензія точно также будетъ считаться принадлежащей къ конкурсной массѣ, а въ результатѣ будетъ имѣться обогащеніе всѣхъ кредиторовъ, кромѣ одного и къ невыгодѣ одного—контрагента посредника, этого единственнаго настоящаго кредитора по данному требованію.

Въ чемъ корень зла, гдѣ искать выхода изъ трудности, намъ авторъ уже сказалъ. Развитію мысли о необходимости признать непосредственныя правоотношенія между представляемымъ и третьимъ лицомъ при посредственномъ представительствѣ, подобно тому какъ это признано для представительства непосредственнаго,—посвящена отдѣльная часть труда Мюллеръ-Эрцбаха.

При непосредственности отношеній между сейчасъ названными лицами, сохраняются ли еще существенныя функціи и за посредникомъ? Несомнѣнно. Посредникъ совершаетъ договоръ отъ своего имени и пользуется при этомъ *своимъ* кредитомъ. Онъ, безспорно, обязанъ отвѣтствовать предъ третьимъ контрагентомъ—тѣмъ болѣе, что послѣдній, какъ не разъ уже замѣчено, весьма часто даже не знаетъ о заключеніи сдѣлокъ не за собственный, а за чужой счетъ. Въ итогѣ отвѣчаютъ оба—и представляемый и посредникъ. Но какъ? На первый взглядъ, можно бы думать, что создается „совокупность" должниковъ, согласно § 427 B. G. B. Но при ближайшемъ разсмотрѣніи нетрудно усмотрѣть, что такое построеніе препятствовало бы достиженію цѣлей, намѣченныхъ въ предыдущемъ изложеніи. Такъ, нами установлено, что извѣстные моменты, относящіеся къ лицу представляемаго, должны оказать вліяніе на дѣйствительность и объемъ договора съ третьимъ лицомъ, должны временами вести къ *усиленію* отвѣтственности по договору. Въ виду того, однако, что отношеніе „совокупности" имѣло бы своимъ послѣдствіемъ, говоря вообще, видоизмѣненіе отвѣтственности только представляемаго (за нѣкоторыми исключеніями, „факты оказываютъ дѣйствіе лишь въ пользу или противъ того изъ совокупныхъ долж-

никовъ, съ личностью котораго они связаны" [1]),—получилось бы, что, въ случаѣ вины одного лишь представляемаго, онъ одинъ только и отвѣчалъ бы. Но это несправедливо. Отъ третьяго лица нельзя требовать, чтобы оно розыскивало представляемаго. Необходимо дать ему возможность держаться *своего* контрагента, т. е. договорившагося съ нимъ отъ собственнаго имени посредника: пусть этотъ контрагентъ и отвѣчаетъ за вредъ, причиненный стоящимъ за его спиною представляемымъ.

И обратно: временами тѣ же факты, связанные съ личностью представляемаго, должны бы приводить къ *ослабленію* или даже отпаденію его отвѣтственности (заблужденіе, невозможность исполнить на его сторонѣ и т. п.). Но въ силу того же § 425 B.G.B. такого рода ослабленія въ дѣйствительности не наступило бы. Почему? Да потому, что хотя эта норма и предписываетъ значеніе отвѣтственности одного изъ должниковъ, а въ нашемъ случаѣ представляемаго, но, сохраняя безъ умаленія отвѣтственность другого посредника, она въ концѣ концовъ оставляетъ безъ всякой перемѣны и отвѣтственность представляемаго, какъ лица обязаннаго вознаградить посредника за все имъ издержанное и понесенное. Оказать представляемому настоящую, а не призрачную помощь возможно, слѣдовательно, только такимъ образомъ, что одновременно съ пониженіемъ или устраненіемъ *его* отвѣтственности понижается или устраняется и отвѣтственность посредника [2]).

---

[1]) B. G. B. § 425.

[2]) Ср. интересный юридическій случай въ „Entcheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts" т. XXIII (1878) № 38 (стр. 107 и сл.). Комиттентъ, давшій порученіе своему коммисіонеру въ Парижѣ продать въ срокъ товаръ, который, имѣя быть присланъ коммиттентомъ въ продолженіе текущаго (1870-го) года, оказался въ невозможности доставить послѣднюю партію товара изъ-за наступившей осады Парижа. Въ виду этого коммисіонеръ озаботился пріобрѣтеніемъ изъ другихъ рукъ недостававшаго количества товара—но по цѣнѣ, превосходившей, вслѣдствіе естественнаго повышенія цѣнъ, условленную продажную цѣну. Отсюда онъ понесъ убытокъ, который и ищетъ съ комиттента. Судъ удовлетворилъ искъ, разсуждая такъ. Коммисіонеръ, принявъ на себя и отъ своего имени обязательство, не вправѣ былъ ссылаться третьему лицу на невозможность исполненія со стороны представляемаго, лица къ данному обязательству непричастнаго. Онъ, коммисіонеръ, могъ и потому долженъ былъ исполнить. Если при этомъ имъ испытанъ ущербъ, то на основаніи общаго правила, что произведенныя коммисіонеромъ затраты возмѣщаются комиттентомъ, онъ имѣетъ право требовать отъ отвѣтчика вознагражденія въ размѣрѣ даннаго ущерба. Разсужденіе не только безошибочное, на почвѣ господствующей док-

Словомъ, совокупность не даетъ требуемаго разрѣшенія.

По мнѣнію автора, оно дается лишь рядомъ слѣдующихъ положеній, изъ коихъ первое, общее, намъ уже хорошо знакомо:

1. Третье лицо и представляемый пріобрѣтаютъ, на основаніи заключеннаго посредникомъ договора (Aussenvertrag), непосредственныя въ отношеніи другъ друга права и обязанности.

2. Начала § 166 германскаго гражданскаго уложенія (см. выше) получаютъ соотвѣтственное примѣненіе.

3. Посредникъ отвѣчаетъ предъ третьимъ лицомъ, какъ добавочный должникъ.

Онъ становится главнымъ должникомъ, если вслѣдствіе обстоятельства, которое падаетъ исключительно на него, представляемый не отвѣчаетъ.

4. Исполненіемъ дѣйствія по адресу посредника представляемый освобождается отъ обязательства относительно третьяго лица.

5. Безъ дальнѣйшаго, силою соглашенія съ представляемымъ, посредникъ уполномоченъ для него получать всякаго рода дѣйствія и заявленія, относящіяся къ договору съ третьимъ лицомъ. Касательно правъ, пріобрѣтенныхъ въ пользу представляемаго, посредникъ въ одно и то же время—и распорядитель и представитель.

6. Представляемый и третье лицо не отвѣчаютъ другъ предъ другомъ за вину посредника.

Приведенныя положенія сближаютъ посредственное представительство съ непосредственнымъ. Сближаютъ, но не сливаютъ: пункты 3—6 относятся только къ первому. Посреднику, заключающему сдѣлку отъ собственнаго имени, естественно, должна быть присвоена роль много болѣе значительная, чѣмъ прямому представителю, своего рода передаточному лицу. Практически важнѣйшее различіе, очевидно, содержится въ пунктѣ 3, узаконяющемъ соотвѣтственность посредника. Вмѣстѣ съ тѣмъ этотъ моментъ является и важнѣйшимъ для оборота признакомъ непрямаго представительства. Гдѣ контрагенты желали установить соотвѣтственность представителя — in dubio необходимо, впрочемъ, признавать, что намѣреніе сторонъ именно таково,—тамъ посредственное представительство на лицо. Критерій этотъ надежнѣе

трины, и неоспоримое, но и крайне поучительное: на контрагента (представляемаго) возлагается полная отвѣтственность за неисполненіе, несмотря на то, что исполненію помѣшала очевидная и признанная судомъ vis maior.

того другого, нынѣ общепринятаго: заключилъ ли представитель сдѣлку отъ своего имени, или не отъ своего, можетъ оставаться спорнымъ даже при дѣловой опытности сторонъ.

Подтвержденіе правильности своего ученія Мюллеръ-Эрцбахъ находитъ въ нѣкоторыхъ положительныхъ законодательствахъ и правахъ. Ихъ разсмотрѣнію съ интересующей его точки зрѣнія онъ отводитъ почти половину своей книги, подвергая анализу въ послѣдовательномъ порядкѣ: римское право (точнѣе, нѣсколько небезъизвѣстныхъ мѣстъ изъ дигестъ, разобранныхъ уже г. Шлоссманомъ, каковы: fr. 8 § 3 mand., fr. 13 § 25 de A. E. V., fr. 13 de C. E., fr. 5 de stip. praet. и др.) и пандектную судебную практику (въ общемъ она представляетъ въ нашемъ вопросѣ шагъ назадъ сравнительно съ чистымъ римскимъ правомъ), затѣмъ, коммисію по германскому торговому уложенію и, главнымъ образомъ, по англійскому и американскому, швейцарскому и французскому праву, далѣе, изъ германскаго вексельнаго права препоручительную надпись и, наконецъ, морское страхованіе за чужой счетъ по германскому и отчасти по другимъ европейскимъ правамъ. Въ особенности авторъ останавливается на этомъ послѣднемъ институтѣ. Если въ предъидущемъ ему удавалось по большей части отыскивать только отдѣльныя рѣшенія и положенія, отъ которыхъ къ общему началу, принятому въ соотвѣтственномъ законодательствѣ, а чаще только прокладывавшему себѣ въ немъ дорогу, можно было прійти не иначе, какъ путемъ умозаключеній,— то въ названномъ страхованіи, на взглядъ автора, всѣ пожеланія уже осуществлены, всѣ выводы изъ его ученія, почти вплоть до мельчайшихъ послѣдствій, уже воплощены въ положительныя нормы. То обстоятельство, что это явленіе еще не подмѣчено изслѣдователями, что плодами завершившагося здѣсь процесса еще не воспользовались, авторъ объясняетъ сложностью страхового вопроса и въ частности примѣсью къ нему техническихъ моментовъ, значительно его затемнившихъ и, между прочимъ, породившихъ ложный взглядъ, будто морское страхованіе за чужой счетъ—договоръ о дѣйствіи въ пользу третьяго лица. На самомъ дѣлѣ это—прогрессивно развившееся непрямое представительство съ техническими только придатками („mit versicherungstechnischen Zutatèn“), тѣмъ болѣе цѣнное, что оно выросло непосредственно изъ практики и не подверглось вліянію юридической доктрины.

Въ связи съ сейчасъ выраженной мыслью Мюллеръ-Эрцбахъ,

въ заключительной главѣ, посвящаетъ нѣсколько страницъ вопросамъ методологическимъ. Во первыхъ, онъ порицаетъ и доднесь сильно распространенный въ нѣмецкой литературѣ права методъ отвлеченнаго или апріорнаго оперированія съ понятіями и, во вторыхъ, онъ сожалѣетъ о чрезмѣрномъ пользованіи историческимъ методомъ въ ущербъ сравнительно—правовому. По его мнѣнію, обязательно соединеніе историческаго изслѣдованія институтовъ съ сравнительно-правовымъ, но, кромѣ того, необходимъ еще третій методъ: авторъ называетъ его „реальнымъ" или „реалистическимъ", подчеркивая, что отправная при немъ точка—реальные интересы индивида и общества.

Методологическія замѣчанія М.-Эрцбаха содержатъ много вѣрнаго, но новаго въ нихъ ничего нѣтъ. Въ болѣе обстоятельномъ ихъ воспроизведеніи на страницахъ „Вѣстника Права" едва ли поэтому имѣется надобность. Для насъ, преимущественно, интересенъ тотъ почерпаемый изъ нихъ фактъ, что, повидимому, упреки и увѣщанія въ указанномъ направленіи не могутъ почитаться излишними даже по адресу современной юридической литературы въ Германіи.

Книга, содержаніе которой нами въ общихъ чертахъ передано, уже успѣла обратить на себя вниманіе. Въ „Deutsche Juristen-Zeitung" за текущій годъ нѣкій членъ имперскаго Лейпцигскаго суда Мюллеръ напечаталъ статью подъ заглавіемъ „Къ реформѣ господствующаго ученія о посредственномъ представительствѣ" [1]), вызванную положеніями нашего автора. Въ ней Мюллеръ оспариваетъ эти положенія. Онъ думаетъ, что въ морскомъ страхованіи за чужой счетъ по германскому праву особенности договора не техническаго, а юридическаго происхожденія; что англо-американская практика изъ области „contracts with agents", правда, удовлетворяетъ потребностямъ жизни, но не безъ нѣкотораго насилія надъ нормами и благодаря только крайне широкому толкованію принятаго въ английскомъ common law правила „qui facit per alium facit per se", каковое-де правило почти уничтожаетъ различіе между прямымъ и посредственнымъ представительствомъ и врядъ ли можетъ быть рекомендовано къ заимствованію, и проч. Но Мюллеръ не ограничивается этими возраженіями противъ послѣдней части труда М. Эрцбаха, служащей положительно-правовымъ укрѣпленіемъ занятой

---

[1]) «Zur Reform der herrschenden Lehre von der mittelbaren Stellvertretung», von Reichsgerichtsrat E. Müller, Leipzig, въ D. I. Z. 1906, № 3 столб. 164 и сл.

послѣднимъ позиціи. Онъ не соглашается и съ самой позиціей. Во-первыхъ, потому, что германское гражданское право уже кодифицировано, а съ наличностью законодательства нельзя не считаться; во-вторыхъ, на томъ основаніи, что оно все же не лишаетъ возможности помочь горю и отзываться на нужды оборота. Это горе, эти нужды—фактъ заключенія договора за чужой счетъ долженъ отражаться и на отношеніяхъ къ третьему лицу—не отрицаются, но, утѣшается Мюллеръ, помощь можетъ быть обезпечена уже и обычными, домашними, такъ сказать, средствами. Каковы же эти средства? Это, прежде всего, exceptio doli; это, затѣмъ, фикція; это, въ связи съ однимъ и другимъ, свободная и широкая интерпретація новаго германскаго уложенія гражданскимъ судьею.

Правъ ли Мюллеръ? Не колеблюсь отвѣтить отрицательно. Что касается exceptio doli, то ея огромнаго значенія ни одинъ образованный цивилистъ, разумѣется, умалять не станетъ, безразлично, включена ли она открыто въ законодательство, или не включена. Но точно также ясно, что и она не является панацеею отъ всѣхъ золъ; помимо всего прочаго, довольно вспомнить, что это средство лишь защиты. Далѣе: въ чемъ имѣетъ состоять спасительная фикція? Въ томъ, говорятъ намъ, что всюду, гдѣ того требуютъ интересы представляемаго, судьею будетъ предполагаться договоръ третьяго лица и съ нимъ, а не только съ посредникомъ. Но, спросимъ мы, отчего такая односторонность? отчего оберегать интересы представляемаго, а интересы, допустимъ, третьяго контрагента игнорировать? Затѣмъ, что это за функціи, присвоиваемыя судьѣ? Онъ долженъ „фингировать" или, проще, измышлять, видѣть и объявлять договоръ тамъ, гдѣ—завѣдомо—его нѣтъ. Ужъ не въ этомъ ли будетъ заключаться и его „свободное" и „широкое" обращеніе („freie und grosszügige Handhabung") съ гражданскимъ правомъ? Считаю своимъ долгомъ протестовать. Въ извѣстномъ спорѣ о соотношеніи „гражданскаго суда и закона" [1]) я лично не принадлежу къ лагерю принципіальныхъ противниковъ судейскаго „усмотрѣнія", но въ то же время я обязанъ сказать, что толкованіе права никогда не можетъ переходить въ его искаженіе, никогда не должно приводить судью къ явному и полному разрыву съ дѣйствительностью, съ неопровергнутыми и неопровержимыми фактами. Остается удивляться, какъ при своей точкѣ

---

[1]) См. объ этомъ въ послѣднее время проф. І. А. Покровскаго въ „Вѣстникѣ Права" 1905, январь, стр. 1 и слѣд.

зрѣнія Мюллеръ рѣшается порицать англійскую судебную практику за „насильственный" ея характеръ. Степень обнаруженной имъ въ данномъ случаѣ объективности не требуетъ, конечно, поясненія. Замѣчу только мимоходомъ, что, въ противоположность всему этому, М.-Эрцбахъ ставитъ вопросъ de lege *ferenda*, не забывая о томъ, что исцѣленія нужно ждать отъ *законодателя* [1]).

Еще только два слова объ источникѣ, вдохновившемъ Мюллера. Это Имперскій судъ и одно его рѣшеніе, въ свое время нашумѣвшее [2]).

Нѣкто H. желалъ получить 2000 марокъ подъ закладную. Съ этой цѣлью его повѣренный G. обратился въ кредитное учрежденіе съ письмомъ, въ которомъ, между прочимъ, значилось: „по дѣлу г-на H. имѣю честь сообщить Вамъ, что его недвижимое имѣніе. . . обременено въ общей сложности долгомъ въ 18660 марокъ". Банкъ выдалъ просимыя деньги подъ слѣдующую закладную. На самомъ дѣлѣ, однако, долгъ и до того значительно превышалъ указанную въ письмѣ цифру, такъ что когда имѣніе было впослѣдствіи продано съ публичныхъ торговъ, то вырученной отъ продажи суммы не хватило на удовлетвореніе всѣхъ взысканій. Тогда банкъ предъявилъ искъ къ присяжному повѣренному G. Двѣ первыя инстанціи въ искѣ отказали, но иначе разсудила высшая инстанція въ Лейпцигѣ. И она, правда, устранила отвѣтственность изъ недозволеннаго дѣянія, но зато нашла возможнымъ допустить таковую—на почвѣ контрактной: между присяжнымъ повѣреннымъ и банкомъ состоялся, молъ, договоръ молчаливо . . . Вотъ какъ формулируетъ свой взглядъ Имперскій судъ: „Если кто-либо, къ числу профессіональныхъ занятій коего принадлежитъ подача совѣтовъ въ дѣлахъ извѣстнаго рода, узнавъ, что другое лицо въ подобномъ именно дѣлѣ нуждается въ надежной справкѣ, дало ему, въ обращенномъ къ нему письмѣ, означенную справку, то онъ тѣмъ самымъ вступилъ въ договоръ съ лицомъ, желавшимъ получить справку". Поистинѣ, на рѣдкость искусственное, казуистичное и мало удовлетворительное рѣшеніе!

Покойный Штаубъ, въ своемъ „Обозрѣніи" на страницахъ „Deutsche Juristen-Zeitung" [3]), сообщаетъ, что въ Берлинскомъ юри-

---

[1]) Ср., напримѣръ, стр. 31.

[2]) См. „Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen" т. LII (1903) № 95, стр. 365 и слл.

[3]) За 1904 г. № 1 столб. 49.

дическомъ обществѣ данное рѣшеніе служило предметомъ оживленныхъ преній, а „референтъ (проф. Эндеманъ) предложилъ новую теорію, по которой, при наличности особенныхъ обстоятельствъ, договоръ дѣлаетъ контрагента отвѣтственнымъ по отношенію не только къ другой сторонѣ, но и къ тому, третьему, лицу, въ чьемъ интересѣ договоръ былъ заключенъ". Штаубъ затѣмъ продолжаетъ: „Если эта теорія побѣдитъ, то рѣшеніе найдено. Но безъ нея, кажется намъ, отвѣтственности повѣреннаго не обосновать. Конструкція договора съ банкомъ болѣе чѣмъ рискована, и мы сомнѣваемся въ томъ, что ее создали бы и тогда, если бы присяжный повѣренный на основаніи своего письма потребовалъ себѣ установленнаго вознагражденія".

Намъ думается, что какъ бы ни относиться къ конкретнымъ тезисамъ, предложеннымъ Мюллеръ-Эрцбахомъ, нельзя не признать за нимъ той немаловажной заслуги, что онъ не только собралъ, изложилъ въ системѣ и освѣтилъ весь относящійся къ вопросу матеріалъ, не только ярко и выпукло еще разъ выставилъ крупные недостатки нынѣшней постановки посредственнаго представительства и всю желательность самаго серьезнаго его направленія, но вмѣстѣ съ тѣмъ намѣтилъ тотъ основной характеръ предстоящей реформы, который, и по нашему мнѣнію, представляется въ общемъ правильнымъ и плодотворнымъ.

М. Я. Пергаментъ.

ЗАМѢТКА.

Недостатки нашего устава объ охранительныхъ производствахъ.

Самымъ бѣднымъ отдѣломъ въ нашемъ уставѣ гражданскаго судопроизводства представляется отдѣлъ его о производствахъ охранительныхъ, о чемъ нельзя не жалѣть, вслѣдствіе того, что эти именно производства имѣютъ наиболѣе существенное значеніе въ правовой жизни общества, потому что большинству его членовъ съ цѣлью охраны ихъ правъ наичаще приходится обращаться къ суду именно въ порядкѣ судопроизводства охранительнаго, а не искового. Причиной особой бѣдности этого отдѣла судопроизводства было, быть можетъ, отчасти то обстоятельство, что при первоначальномъ обсужденіи судебныхъ уставовъ въ коммисіи объ охранительныхъ производствахъ не было собственно и рѣчи, такъ что въ первомъ изданіи ихъ 1864 года отдѣла объ этихъ производствахъ въ немъ даже вовсе не было, а были изданы постановленія объ этихъ производствахъ только въ 1866 году, которыя и явились въ немъ въ видѣ какъ бы только какого-то придатка къ уставу судопроизводства искового, несмотря на то, что они имѣютъ совершенно самостоятельное и очень серьезное значеніе, причемъ въ немъ были включены постановленія только о пяти производствахъ, изъ которыхъ два относятся къ охраненію и раздѣлу наслѣдствъ, а остальныя ко вводу во владѣніе недвижимымъ имуществомъ, къ признанію лица безвѣстно-отсутствующимъ и къ выкупу родовыхъ имуществъ, изъ которыхъ послѣднее имѣетъ наименьшее значеніе. Постановленія только объ этихъ производствахъ,

какъ о производствахъ охранительныхъ повторяются и въ послѣдующихъ изданіяхъ судебныхъ уставовъ, и только уже въ 1891 году по изданіи закона объ узаконеніи дѣтей и усыновленіи въ него были внесены правила о порядкѣ производства въ судахъ дѣлъ объ узаконеніи дѣтей и объ усыновленіи, послѣ чего онъ остается неизмѣненнымъ и недополненнымъ и по настоящее время, несмотря на то, что поводы ко внесенію въ него постановленій и о нѣкоторыхъ другихъ производствахъ охранительныхъ представлялись и при изданіи нѣкоторыхъ другихъ законовъ.

Такъ, еще въ 1869 году при изданіи закона о порядкѣ утвержденія къ исполненію духовныхъ завѣщаній представлялся поводъ къ внесенію этихъ постановленій въ отдѣлъ устава объ охранительныхъ производствахъ, какъ такихъ постановленій, которыя по ихъ существу имѣютъ вполнѣ значеніе правилъ не матеріальнаго гражданскаго права, а правилъ судопроизводственныхъ, относящихся къ охраненію правъ, установленныхъ духовнымъ завѣщаніемъ, которыя, однакоже, несмотря на такое ихъ значеніе, были включены въ X-й томъ или Сводъ законовъ гражданскихъ, т. е. въ законы матеріальнаго гражданскаго права. Затѣмъ, при изданіи также въ 1869 году закона о распредѣленіи лежащихъ на палатахъ уголовнаго и гражданскаго суда обязанностей по опекунскимъ дѣламъ также представлялся въ мѣстностяхъ, гдѣ были введены въ дѣйствіе новые судебные уставы, поводъ ко внесенію постановленій объ обжалованіи дѣйствій опекунскихъ учрежденій окружному суду по этому закону въ уставъ объ охранительныхъ производствахъ, какъ правилъ, также имѣющихъ значеніе постановленій объ охранѣ правъ, нарушенныхъ дѣйствіями этихъ учрежденій, каковыя правила, несмотря на такое значеніе ихъ, были, однакоже, включены во II-ой томъ общихъ губернскихъ учрежденій. Включеніе этихъ послѣднихъ постановленій закона не въ отдѣлъ устава о производствахъ охранительныхъ, а въ другіе отдѣлы закона, представляется тѣмъ болѣе страннымъ, что самъ Государственный Совѣтъ, какъ видно изъ его разсужденій, помѣщенныхъ въ изданіи судебныхъ уставовъ Государственной Канцеляріи, имѣвшихъ въ немъ мѣсто при обсужденіи необходимости включенія въ него особаго отдѣла о производствахъ охранительныхъ, очень хорошо понималъ сущность этихъ производствъ, что видно въ особенности изъ того мѣста его разсужденій, гдѣ онъ высказалъ тѣ соображенія, основываясь на которыхъ слѣдуетъ опредѣлять ихъ именно терминомъ производства охранительныя

въ виду того, что цѣль этихъ производствъ заключается именно въ охраненіи со стороны судебныхъ мѣстъ правъ частныхъ лицъ, предоставленныхъ имъ законами гражданскими, по ихъ просьбѣ каковыми по существу, очевидно, представляются какъ просьбы ихъ объ утвержденіи къ исполненію духовныхъ завѣщаній, такъ и ихъ жалобы на дѣйствія опекунскихъ установленій. Какъ видно изъ этихъ же разсужденій Государственнаго Совѣта, онъ хорошо понималъ и отличіе этихъ производствъ отъ производства искового, какъ такихъ производствъ, въ которыхъ нѣтъ собственно никакого спора о правѣ, предлагаемаго на разрѣшеніе суда, а идетъ дѣло только объ охранѣ со стороны суда безспорнаго права гражданскаго, принадлежащаго просителю на основаніи законовъ гражданскихъ.

Нельзя только не пожалѣть о томъ, что Государственный Совѣтъ, признавая необходимымъ установить въ уставѣ особый отдѣлъ о производствахъ охранительныхъ не предпослалъ въ уставѣ объ охранительныхъ производствахъ его постановленіямъ объ отдѣльныхъ производствахъ на основаніи этихъ его разсужденій общихъ правилъ объ этихъ производствахъ, съ выраженіемъ въ нихъ какъ опредѣленія ихъ существа, такъ и ихъ отличія отъ производства искового, а затѣмъ не внесъ въ него опредѣленій и о многихъ другихъ такихъ же производствахъ, уже имѣвшихся въ разныхъ отдѣлахъ нашего закона и въ то время, и оставилъ ихъ въ вѣдомствѣ учрежденій административныхъ, какъ напр., постановленія о признаніи лица безумнымъ и сумасшедшимъ, расточителемъ, объ освидѣтельствованіи нѣмыхъ и глухонѣмыхъ и признаніи ихъ дѣеспособности, или, наоборотъ, недѣеспособными, каковыя производства, послѣдствіемъ которыхъ можетъ быть не только ограниченіе, но иногда и полное лишеніе дѣеспособности лицъ, подвергшихся освидѣтельствованію по распоряженію административныхъ учрежденій, могутъ быть на самомъ дѣлѣ относимы только къ компетенціи учрежденій судебныхъ, но никакъ не административныхъ, какъ это и сдѣлано, какъ въ уставѣ французскомъ въ его отдѣлѣ о различныхъ неисковыхъ производствахъ—procédures diverses, и въ новомъ уставѣ германскомъ. Какъ на производства, имѣющія значеніе также производствъ охранительныхъ и постановленія о которыхъ также имѣются въ нашемъ законѣ, нельзя не указать еще на производства о возстановленіи межъ и межевыхъ знаковъ по просьбѣ лицъ частныхъ, а также на производства объ экспропріаціи имуществъ на государственныя и общественныя на-

добности, которыя, къ сожалѣнію, также оставлены въ вѣдомствѣ учрежденій административныхъ, несмотря на то, что въ нихъ также дѣло идетъ объ охраненіи, или объ опредѣленіи правъ, принадлежащихъ лицамъ частнымъ, которыя поэтому также должны быть переданы въ вѣдомство учрежденій судебныхъ, какъ это и сдѣлано въ уставѣ французскомъ по отношенію экспропріаціи имуществъ, а затѣмъ, по примѣру его и въ нашемъ уставѣ, но только въ отдѣлѣ его о судопроизводствѣ въ губерніяхъ Варшавскаго судебнаго округа. Все это указываетъ на то, что одной изъ причинъ такой бѣдности отдѣла нашего устава объ охранительныхъ производствахъ было недостаточно внимательное отношеніе какъ его составителей, такъ и Государственнаго Совѣта къ выясненію существа и значенія многихъ изъ такихъ производствъ, постановленія о которыхъ уже имѣлись въ нашемъ законѣ, а также и нерѣшительность его въ отношеніи ограниченія компетенціи учрежденій административныхъ и расширенія на ихъ счетъ компетенціи учрежденій судебныхъ посредствомъ включенія ихъ въ уставъ гражданскаго судопроизводства, какъ постановленій о такихъ производствахъ, которыя имѣютъ вполнѣ по ихъ существу значеніе производствъ охранительныхъ, подлежащихъ по ихъ природѣ вѣдѣнію послѣднихъ учрежденій.

Другой причиной такой бѣдности этого отдѣла нашего устава было, впрочемъ, быть можетъ, и то обстоятельство, что далеко недостаточнымъ представляется и соотвѣтствующій ему отдѣлъ устава французскаго о различныхъ производствахъ—procédures diverses, послужившій главнымъ источникомъ нашего устава вообще, въ которомъ хотя терминъ производство охранительное и вовсе не употребляется, но въ которомъ все же выражены постановленія о большемъ числѣ этихъ производствъ сравнительно съ нашимъ уставомъ, какъ напр., о производствахъ о порядкѣ предложенія платежа черезъ судъ и о его принятіи судомъ, о добровольной публичной продажѣ имущества при посредствѣ суда по просьбѣ его собственника не на удовлетвореніе взысканій, объ исправленіи актовъ состоянія, постановленія о которыхъ хотя впослѣдствіи и были внесены и въ нашъ уставъ, но только не въ общій, а для губерній Варшавскаго судебнаго округа, причемъ уставъ общій остался безъ всякаго восполненія. Кромѣ этого, постановленія устава французскаго и о тѣхъ производствахъ, постановленія о которыхъ имѣются и въ нашемъ уставѣ, выражены гораздо болѣе подробно и обстоятельно, какъ напр., постановленія объ охраненіи

наслѣдствъ, въ которомъ выражены, кромѣ постановленій по этому предмету, имѣющихся въ нашемъ уставѣ, еще постановленія о публичной продажѣ вакантныхъ непринятыхъ наслѣдствъ. Подробнѣе выражены соотвѣтственныя этимъ постановленіямъ устава французскаго постановленія и въ нашемъ уставѣ, но только для губерній Варшавскаго судебнаго округа.

Такая бѣдность правилъ нашего устава объ охранительныхъ производствахъ имѣетъ, къ сожалѣнію, особо вредныя послѣдствія для правовой жизни общества и для охраны гражданскихъ правъ его членовъ, вслѣдствіе того, что она нисколько не можетъ быть восполнена и путемъ ихъ толкованія, вслѣдствіе того, что такимъ путемъ ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть создаваемы новыя такія производства, въ судебныхъ установленіяхъ, которыя хотя закону и извѣстны, но которыя отнесены имъ къ компетенціи различныхъ административныхъ учрежденій. Несмотря на это обстоятельство, Сенатъ все же призналъ возможнымъ, основываясь на нѣкоторыхъ другихъ узаконеніяхъ, имѣющихся въ нашемъ законѣ и послужившихъ ихъ основаніемъ мнѣніи Государственнаго Совѣта и разъяснительнымъ Указа Сената объ укрѣпленіи недвижимыхъ имуществъ за лицами, не имѣющими на нихъ актовъ укрѣпленія, посредствомъ выдачи имъ отъ присутственныхъ мѣстъ свидѣтельствъ, долженствующихъ замѣнять эти акты, допустить еще одно охранительное производство о выдачѣ окружными судами владѣльцамъ недвижимыхъ имуществъ, не имѣющимъ актовъ укрѣпленія на нихъ, свидѣтельствъ о принадлежности ихъ имъ по просьбѣ ихъ въ порядкѣ охранительнаго производства, причемъ Сенатъ указалъ и самый тотъ порядокъ производства объ этомъ, въ которомъ окружные суды обязаны производить удостовѣренія о принадлежности имущества просителю посредствомъ допроса свидѣтелей и посредствомъ дознанія черезъ окольныхъ людей (рѣш. 1873 г. № 792). Этимъ рѣшеніемъ Сенатъ далъ возможность всѣмъ давностнымъ владѣльцамъ недвижимыхъ имуществъ укрѣплять ихъ за собой, сперва посредствомъ полученія отъ окружного суда свидѣтельствъ о принадлежности ихъ имъ, а затѣмъ и о вводѣ ихъ на основаніи этихъ свидѣтельствъ во владѣніе ими въ общемъ порядкѣ, установленномъ въ уставѣ объ охранительныхъ производствахъ для совершенія ввода во владѣніе по актамъ укрѣпленія.

Въ проектѣ нашего будущаго устава, составленномъ бывшей коммисіей по пересмотру законоположеній по судебной части, отдѣлъ объ охранительныхъ производствахъ представляется уже далеко

не столь бѣднымъ, какъ въ настоящемъ уставѣ, хотя и восполненнымъ еще далеко не вполнѣ. Такъ, имъ уже изъяты многія такія производства изъ вѣдомства административныхъ учрежденій и переданы въ вѣдомство учрежденій судебныхъ, подлежащихъ въ нихъ производству въ порядкѣ судопроизводства охранительнаго, какъ, напр., производства о признаніи лицъ безумными и сумасшедшими, признаніи ихъ расточителями, объ освидѣтельствованіи нѣмыхъ и глухонѣмыхъ и объ ограниченіи ихъ дѣеспособности, которыя переданы въ вѣдомство окружныхъ судовъ. Затѣмъ, въ немъ вновь нормированы многія и такія производства, которыя хотя состоятъ и теперь въ вѣдомствѣ окружныхъ судовъ, но постановленія о которыхъ или находятся среди постановленій законовъ гражданскихъ, или порядокъ производства по которымъ вовсе не нормированъ и въ этихъ послѣднихъ законахъ, а кратко упомянуто только въ которыхъ о допустимости совершенія тѣхъ или другихъ дѣйствій. Такъ, въ отдѣлъ его о производствахъ охранительныхъ внесены изъ X-го тома законовъ гражданскихъ постановленія объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства и объ утвержденіи къ исполненію духовныхъ завѣщаній, а затѣмъ вновь установлены правила о производствѣ по заявленіямъ объ отреченіи отъ наслѣдства, о порядкѣ уничтоженія довѣренностей, о представленіи въ судебныя мѣста судебныхъ депозицій на удовлетвореніе обязательствъ о раздѣлѣ не только наслѣдства, но и всякаго общаго имущества, о вводѣ во владѣніе не только по актамъ укрѣпленія, но и по давности владѣнія. Кромѣ этого, въ его отдѣлъ объ охранительныхъ производствахъ внесены еще совершенно новыя постановленія о публичной продажѣ представленныхъ въ судъ въ видѣ депозицій различныхъ предметовъ на удовлетвореніе по обязательствамъ, а также и правила вообще о продажѣ при судѣ на публичномъ торгѣ по просьбѣ частныхъ лицъ принадлежащихъ имъ имуществъ и не на удовлетвореніе взысканій съ нихъ, а какъ продажѣ по ихъ желанію совершенно добровольной.

Къ сожалѣнію, однако же, коммисія далеко не довела дѣло до конца, какъ по предмету перенесенія изъ другихъ отдѣловъ свода законовъ въ отдѣлъ устава объ охранительныхъ производствахъ такихъ постановленій, которыя имѣютъ значеніе постановленій о производствахъ охранительныхъ, какъ, напр., постановленій о жалобахъ судебнымъ установленіямъ на дѣйствія установленій опекунскихъ, за исключеніемъ только постановленій о разрѣшеніи продажи состоящихъ въ вѣдѣніи опекъ имуществъ подопечныхъ, такъ

и по предмету изъятія нѣкоторыхъ такого рода производствъ изъ вѣдомства учрежденій административныхъ и передачи ихъ въ вѣдомство учрежденій судебныхъ, какъ предлагали нѣкоторые изъ членовъ коммисіи, какъ, напр., производства объ экспропріаціи недвижимыхъ имуществъ на общественныя надобности, а также о возстановленіи межъ и межевыхъ знаковъ, которыя, какъ производства объ опредѣленіи и охраненіи правъ гражданскихъ, суть несомнѣнно такія, которыя должны относиться къ компетенціи судебныхъ, а не административныхъ учрежденій.

Нѣкоторые изъ членовъ коммисіи предлагали, впрочемъ, внести еще въ отдѣлъ устава объ охранительныхъ производствахъ, помимо постановленій объ означенныхъ производствахъ, по примѣру уставовъ французскаго и нашего для губерній Варшавскаго судебнаго округа, еще постановленія объ исправленіи судомъ актовъ состоянія, ведомыхъ у насъ лицами духовными разныхъ вѣроисповѣданій, по просьбѣ заинтересованныхъ лицъ, при чемъ они, какъ на аргументъ въ пользу допустимости у насъ отнесенія этихъ производствъ къ вѣдомству суда гражданскаго, указывали на то, что если не прямо, то косвенно предоставлено исправленіе актовъ состоянія суду гражданскому и въ настоящее время, при производствѣ по искамъ о законности рожденія. Большинство членовъ коммисіи не согласилось, однако же, на прямое предоставленіе свѣтскому суду исправленія актовъ состоянія, видя въ этомъ недопустимое подчиненіе дѣйствій властей духовныхъ надзору свѣтскаго суда, несмотря на то, что предоставленіе прямо этого права суду представляется крайне необходимымъ, вслѣдствіе съ одной стороны слишкомъ большой медленности и сложности достиженія этого въ судѣ не иначе, какъ въ исковомъ порядкѣ путемъ иска о законности рожденія, а съ другой—нерѣдкой безрезультатности домогательства объ этомъ въ установленіяхъ духовныхъ. Мнѣ, по крайней мѣрѣ, изъ судебной практики извѣстенъ такого рода случай, когда въ метрику при крещеніи законный ребенокъ былъ записанъ рожденнымъ отъ неизвѣстной женщины, чѣмъ, очевидно, и былъ данъ поводъ къ признанію его незаконнорожденнымъ. Когда мать его узнала объ этомъ, она стала домогаться въ духовной консисторіи, а затѣмъ и въ Святѣйшемъ Синодѣ объ исправленіи такой метрики ея ребенка, но не достигла никакихъ результатовъ, такъ какъ въ исправленіи метрики ея ребенка ей было отказано, послѣ чего ей и оставался единственный путь къ признанію ребенка рожденнымъ отъ нея, какъ ея ребенка законнаго,—предъ-

явленіе въ судъ иска о законноси его рожденія, чего она и достигла, причемъ по опредѣленію суда была исправлена и метрика ея ребенка.

Дать, впрочемъ, достаточно исчерпывающе въ уставѣ перечисленіе охранительныхъ производствъ представляется, однакоже, невозможнымъ, вслѣдствіе того, что при развитіи правовой жизни могутъ представляться все новые случаи необходимости установленія такихъ производствъ, а также потому, что при большемъ развитіи довѣрія къ суду въ его вѣдомство могутъ переходить все большее число случаевъ такихъ производствъ, которыя уже закономъ нормированы, но отнесены къ компетенціи учрежденій административныхъ. Такъ, въ недавнее время въ Петербургскомъ юридическомъ обществѣ, при обсужденіи доклада Скородинскаго— „Патентное право и его положеніе въ общей системѣ права", былъ подвергнутъ разсмотрѣнію по иниціативѣ Скородинскаго вопросъ о необходимости изъятія изъ вѣдомства учрежденій административныхъ производства о выдачѣ патентовъ на новыя открытія и изобрѣтенія и о передачѣ его вѣдѣнію судебныхъ установленій, въ виду крайней медленности въ разсмотрѣніи просьбъ о ихъ выдачѣ въ учрежденіяхъ административныхъ и полной почти невозможности вслѣдствіе этого достиженія ихъ удовлетворенія (Вѣст. Пр., 1905 г., кн. 4, протек., стр. 19). Нельзя, кажется, не признавать, что съ теченіемъ времени можетъ также возникнуть вопросъ о допустимости передачи въ вѣдомство учрежденій судебныхъ изъ учрежденій адмянистративныхъ разсмотрѣніе въ порядкѣ производства охранительнаго и утвержденіе уставовъ различныхъ обществъ и товариществъ, какъ имѣющихъ также значеніе просьбъ объ утвержденіи ихъ правъ, создаваемыхъ ихъ уставомъ, въ разсмотрѣніи каковымъ, съ цѣлью опредѣленія того—не противорѣчатъ-ли они общимъ законамъ, несомнѣнно болѣе компетентными представляются учрежденія судебныя, чѣмъ административныя.

Помимо крайней бѣдности въ нормированіи въ уставѣ тѣхъ производствъ, которыя имѣютъ значеніе производствъ охранительныхъ и включенія въ него постановленій объ очень немногихъ изъ нихъ, другой довольно существенный недостатокъ ихъ заключается въ томъ, что ими нормированы самыя эти производства крайне бѣдно и недостаточно, сравнительно даже съ аналогичными съ ними постановленіями устава французскаго. Такъ, прежде всего, въ постановленіяхъ его о вызовѣ наслѣдниковъ и объ охраненіи наслѣдства не дано никакихъ опредѣленій ни о подсудности ихъ въ

тѣхъ случаяхъ, когда наслѣдственное имущество находится въ разныхъ судебныхъ округахъ, ни объ управленіи имъ до назначенія надъ нимъ опекуна, или до явки для его принятія наслѣдниковъ, ни о тѣхъ условіяхъ, при наличности которыхъ слѣдовало-бы считать допустимымъ вообще принятіе тѣхъ или другихъ мѣръ для охраненія наслѣдства, въ законѣ указанныхъ. Изъ отдѣльныхъ его, затѣмъ, постановленій объ этомъ производствѣ представляются въ особенности краткими и бѣдными постановленія его о вызовѣ наслѣдниковъ и объ утвержденіи ихъ въ правахъ наслѣдства, такъ какъ въ первыхъ изъ нихъ ничего не говорится ни о подсудности производства объ этомъ въ различныхъ случаяхъ, ни о тѣхъ условіяхъ, при наличности которыхъ представляется необходимымъ вызовъ наслѣдниковъ, а во вторыхъ изъ нихъ имѣется даже всего одна только статья, въ которой также ничего не говорится ни о подсудности просьбъ наслѣдниковъ объ утвержденіи ихъ въ правахъ наслѣдства въ различныхъ случаяхъ, ни о порядкѣ производства по нимъ, ни о необходимыхъ ихъ доказательствахъ, ни о значеніи опредѣленій суда объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства. О порядкѣ, затѣмъ, передачи наслѣдникамъ ихъ имущества въ тѣхъ случаяхъ, когда по отношенію его были приняты тѣ или другія мѣры охраненія его, даже уже совсѣмъ въ нихъ ничего не говорится, что можетъ возбуждать на практикѣ не мало затрудненій, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда или всѣ наслѣдники, желающіе принять наслѣдство, не были утверждены въ ихъ правахъ на наслѣдство, или-же когда нѣкоторымъ изъ нихъ право на него принадлежитъ на основаніи духовнаго завѣщанія, а нѣкоторые изъ нихъ не были утверждены въ правахъ наслѣдства.

Постановленія его, затѣмъ, о судебномъ раздѣлѣ наслѣдства, хотя и представляются болѣе подробными, за то установленный ими порядокъ этого производства отличается крайней сложностью и въ то же время недостаточной опредѣлительностью, вслѣдствіе того, что и въ нихъ ничего не говорится о подсудности этихъ производствъ въ тѣхъ случаяхъ, когда подлежащее раздѣлу имущество находится въ разныхъ судебныхъ округахъ, а затѣмъ ничего не говорится о допустимости въ этомъ порядкѣ частичнаго раздѣла общаго имущества, т. е. или раздѣла только нѣкоторыхъ изъ имуществъ наслѣдователя и оставленія другихъ въ общемъ владѣніи, или-же о выдѣлѣ изъ него частей только нѣкоторымъ изъ наслѣдниковъ и оставленія остальнаго имущества въ общемъ вла-

дѣніи нѣсколькихъ наслѣдниковъ и наконецъ, также ничего не говорится, ни о порядкѣ приведенія въ исполненіе опредѣленій суда о раздѣлѣ наслѣдства, ни о дѣйствіяхъ нотаріуса по производству раздѣла.

Постановленія его, затѣмъ, о вводѣ во владѣніе недвижимымъ имуществомъ хотя и представляются болѣе опредѣлительными, за то довольно существеннымъ пробѣломъ въ нихъ представляется отсутствіе въ нихъ постановленій о вводѣ во владѣніе этимъ имуществомъ собственно по давности владѣнія, о чемъ необходимо было выразить въ немъ особыя правила, вслѣдствіе невозможности веденія производства объ этомъ при руководствѣ общими правилами о вводѣ во владѣніе недвижимымъ имуществомъ по актамъ его укрѣпленія за собственникомъ его.

Постановленія его, затѣмъ, о выкупѣ родовыхъ имуществъ, напротивъ, представляются во многомъ недостаточными, такъ какъ въ нихъ ничего не говорится о подсудности просьбъ о выкупѣ ихъ въ тѣхъ случаяхъ, когда они находятся въ разныхъ судебныхъ округахъ, а также о допустимости заявленія этихъ просьбъ совмѣстно нѣсколькими лицами и о допустимости къ участію въ производствѣ по немъ, уже возбужденномъ, или совмѣстно съ просителемъ и другихъ лицъ, или-же лицъ, заявляющихъ самостоятельно ихъ право на выкупъ и оспаривающихъ ихъ право на это лица, возбудившаго первоначально производство о выкупѣ, упоминаніе о чемъ въ уставѣ представлялось крайне необходимымъ, въ видахъ избѣжанія различныхъ недоразумѣній, возможныхъ въ дѣйствительности въ этихъ отношеніяхъ.

Далеко недостаточными, затѣмъ, представляются также правила устава о признаніи лицъ безвѣстно-отсутствующими, прежде всего потому, что ими установленъ крайне сложный и длительный порядокъ производства объ этомъ, страдающій въ то же время значительными и существенными пробѣлами во многихъ отношеніяхъ, восполненіе которыхъ представляется крайне необходимымъ. Такъ, въ нихъ не дано ни понятія безвѣстнаго отсутствія, а затѣмъ не указаны съ точностью и тѣ лица, которымъ можетъ принадлежать право на возбужденіе производства о признаніи лица безвѣстно отсутствующимъ, а также не опредѣлены съ точностью и послѣдствія признанія лица безвѣстно отсутствующимъ по отношенію его правъ личныхъ и по имуществу, каковой пробѣлъ въ нихъ и возбудилъ въ дѣйствительности не мало недоразумѣній какъ въ нашей литературѣ, такъ и въ судебной практикѣ въ отношеніи

ихъ опредѣленія, какъ это было указано уже мной въ Общей части моей Системы русскаго гражданскаго права въ главѣ о лицахъ, какъ субъектахъ гражданскихъ правъ, разрѣшавшіяся различно, и именно въ то время, какъ нѣкоторые изъ нашихъ цивилистовъ и нѣкоторыя изъ судебныхъ мѣстъ признаютъ, что лицо, признанное безвѣстно отсутствующимъ, лишается его имущественныхъ правъ такъ, что по наступленіи этого момента должно открываться наслѣдство послѣ него, другіе, напротивъ, считаютъ наступленіе такого послѣдствія по отношенію имущественныхъ правъ этого лица недопустимымъ, признавая, что имущество его можетъ переходить только во временное владѣніе его наслѣдниковъ до его возвращенія (изд. 2, т. 1, стр. 137—147). Довольно существеннымъ пробѣломъ въ нихъ представляется также отсутствіе въ нихъ всякихъ указаній на порядокъ возстановленія лица, бывшаго признаннымъ безвѣстно отсутствующимъ, въ его правахъ на его имущество, ни о порядкѣ отобранія его отъ лицъ, которымъ оно было передано во владѣніе и объ обратной его передачѣ ему, а также объ отвѣтственности ихъ передъ нимъ за цѣлость бывшаго у нихъ во владѣніи его имущества.

Крайне, затѣмъ, недостаточными во многихъ отношеніяхъ представляются и правила его объ узаконеніи дѣтей, такъ какъ и въ нихъ не указаны съ точностью ни подсудность дѣлъ объ узаконеніи, ни лица, могущія просить объ узаконеніи, ни условія, необходимыя для допустимости узаконенія, ни доказательства, необходимыя для удостовѣренія фактовъ, долженствующихъ служить основаніемъ узаконенія, каковые пробѣлы въ нихъ не могутъ не порождать значительныхъ недоразумѣній при производствѣ этихъ дѣлъ, имѣвшихъ уже мѣсто и на самомъ дѣлѣ, какъ въ нашей литературѣ, такъ и судебной практикѣ, какъ было уже указано мной въ отдѣлѣ моей Системы русскаго гражданскаго права о правахъ семейныхъ и опекѣ (т. V, стр. 113—118).

Едва ли, впрочемъ, еще не большими недостатками и пробѣлами страдаютъ правила устава объ усыновленіи, такъ какъ и въ нихъ не только не указаны съ точностью подсудность этихъ дѣлъ и лица, могущія просить объ усыновленіи, но не опредѣлены очень многія изъ такихъ условій допустимости усыновленія, наличность или отсутствіе которыхъ можетъ имѣть большое значеніе въ отношеніи удовлетворенія просьбъ объ этомъ, а также не указаны съ точностью и тѣ доказательства, которыя должны считаться допустимыми для констатированія ихъ наличности. Такъ, въ нихъ

послѣ указанія, какъ на одно изъ условій, необходимыхъ для допустимости усыновленія, на наличность согласія на это родителей усыновляемаго, или же одного изъ нихъ, когда другой родитель умеръ, а также на наличность согласія на это супруга усыновителя, ничего не говорится, какимъ образомъ слѣдуетъ поступать въ тѣхъ случаяхъ, когда отъ находящагося въ живыхъ родителя усыновляемаго, или же супруга усыновителя невозможно получить согласія на это, или вслѣдствіе лишенія кого либо изъ нихъ всѣхъ правъ состоянія, или же вслѣдствіе недѣеспособности кого либо изъ нихъ по причинѣ сумасшествія, или же нахожденія въ безвѣстной отлучкѣ, каковой недостатокъ ихъ и пришлось восполнить Сенату, который высказался за допустимость усыновленія въ такихъ случаяхъ и безъ согласія родителей усыновляемаго, или одного изъ нихъ, но съ согласія долженствующаго замѣнять ихъ опекуна, если самъ усыновляемый несовершеннолѣтній (рѣш. 1898 г. № 32). Не менѣе существеннымъ недостаткомъ представляется неуказаніе въ правилахъ закона объ усыновленіи и тѣхъ доказательствъ, которыми должна быть констатируема наличность означенныхъ условій допустимости усыновленія и въ особенности обстоятельства или недѣеспособности обоихъ, или одного родителя усыновляемаго, или же супруга усыновителя, или же неизвѣстности мѣстопребыванія кого либо изъ нихъ, когда невозможно получить согласіе отъ кого либо изъ нихъ на усыновленіе, каковой недостатокъ ихъ пришлось также выполнить Сенату, который въ томъ же его рѣшеніи пришелъ, къ сожалѣнію, въ его заключеніи по этому предмету къ выводамъ крайне противорѣчивымъ и въ значительной степени неправильнымъ, какъ мы имѣли уже случай указать въ отдѣлѣ моей Системы русскаго гражданскаго права о правахъ семейныхъ и опекѣ (т. V, стр. 127—138). Именно онъ, высказавшись за допустимость констатированія невозможности получить согласіе на усыновленіе отъ одного, или обоихъ родителей усыновляемаго вслѣдствіе неизвѣстности ихъ мѣстопребыванія усыновителю всякими способами, т. е. какъ показаніями свидѣтелей, такъ и удостовѣреніемъ полиціи, для доказательства же невозможности получить согласіе на это отъ супруга усыновителя вслѣдствіе неизвѣстности его мѣстопребыванія, онъ, напротивъ, требуетъ признанія его прежде окружнымъ судомъ безвѣстно отсутствующимъ въ порядкѣ, установленномъ закономъ для признанія вообще лицъ безвѣстно-отсутствующими, въ явное противорѣчіе первому его положенію и, притомъ, безъ всякихъ основаній,

такъ какъ при отсутствіи со стороны другого супруга при этомъ какихъ-либо притязаній на имущество отсутствующаго супруга нѣтъ никакихъ основаній производить удостовѣреніе въ его безвѣстномъ отсутствіи въ этомъ крайне сложномъ и длительномъ порядкѣ, и представляется вполнѣ возможнымъ считать допустимымъ удостовѣреніе въ неизвѣстности его мѣстопребыванія всякими доказательствами и въ числѣ ихъ и удостовѣреніемъ полиціи, тѣмъ болѣе, что самъ законъ, имѣющійся въ отдѣлѣ гражданскихъ законовъ о правахъ семейныхъ, къ каковымъ относится и усыновленіе, допускаетъ удостовѣреніе въ безвѣстномъ отсутствіи этимъ послѣднимъ доказательствомъ въ гораздо болѣе важномъ случаѣ предъявленія на его основаніи просьбы о разводѣ со стороны другого супруга. Высказавъ требованіе объ удостовѣреніи въ безвѣстномъ отсутствіи супруга усыновителя не иначе, какъ въ указанномъ имъ порядкѣ, Сенатъ лишилъ почти возможности при этомъ обстоятельствѣ достигать усыновленія однимъ изъ супруговъ, вслѣдствіе его крайней длительности, что представляется совершенно и безцѣльнымъ вслѣдствіе того, что усыновленіе однимъ изъ супруговъ безъ согласія другого ни въ чемъ его правъ и нарушать собственно не можетъ. Недостаточнымъ, затѣмъ, представляется объясненіе Сената и въ отношеніи допустимости усыновленія безъ согласія одного изъ родителей усыновляемаго, вслѣдствіе невозможности его получить отъ него, вслѣдствіе его недѣеспособности по причинѣ его сумасшествія не иначе, какъ по полученіи согласія на это назначеннаго къ нему опекуна, вслѣдствіе того, что въ этихъ случаяхъ, когда-бы былъ живъ и былъ вполнѣ дѣеспособенъ другой родитель усыновляемаго представляется, кажется, вполнѣ достаточнымъ для этого согласія этого послѣдняго, допущеніе обусловленія усыновленія согласіемъ котораго открывало-бы возможность достигать усыновленія въ этихъ случаяхъ и тогда, когда-бы сумасшедшій родитель былъ и не признанъ таковымъ въ установленномъ порядкѣ.

Проектомъ нашего будущаго устава, составленнымъ бывшей коммисіей по пересмотру законоположеній по судебной части, всѣ только что указанные недостатки и пробѣлы въ постановленіяхъ нашего теперешняго устава о производствахъ охранительныхъ восполнены и исправлены уже въ довольно значительной степени. Такъ, въ немъ прежде всего выражены общія правила о порядкѣ производства этихъ дѣлъ, долженствующія имѣть примѣненіе при всякомъ отдѣльномъ производствѣ по этимъ дѣламъ, въ которыхъ,

между прочимъ, выражены крайне необходимыя и при этихъ производствомъ указанія на допустимость вступленія въ эти производства третьихъ, заинтересованныхъ въ нихъ, лицъ, а равно и послѣдствія ихъ вступленія въ нихъ, хотя послѣднія и не вполнѣ достаточно, такъ какъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ, какъ на послѣдствія ихъ вступленія въ нихъ, слѣдовало-бы указать на допустимость пріостановленія производства въ порядкѣ охранительномъ впредь до разрѣшенія спора о правѣ, составляющемъ предметъ этого производства, возбужденнаго вступившимъ въ него третьимъ лицомъ въ порядкѣ производства искового, вслѣдствіе невозможности, по причинѣ его оспариванія, признанія его за просителемъ въ порядкѣ производства охранительнаго. Недостаточными, затѣмъ, эти правила проекта представляются также и въ томъ отношеніи, что въ нихъ слишкомъ обще говорится объ основаніяхъ допустимости пріостановленія и прекращенія только такихъ охранительныхъ производствъ, въ которыхъ дѣйствуетъ одна сторона, объ ея просьбѣ объ этомъ, несмотря на то, что на самомъ дѣлѣ могутъ имѣть мѣсто очень различныя такія основанія, гораздо болѣе многочисленныя, чѣмъ основанія пріостановленія и прекращенія производства исковаго и, притомъ, такія, которыя имѣютъ значеніе основаній частныхъ, могущихъ вызывать необходимость пріостановленія, или прекращенія того, или другого производства въ отдѣльности, но никакъ не пріостановленія, или прекращенія всякаго охранительнаго производства, какъ напр., обстоятельство отпаденія тѣхъ условій, при наличности которыхъ допускается возбужденіе того, или другого изъ этихъ производствъ. Недостаточными они представляются, затѣмъ, еще въ томъ отношеніи, что въ нихъ нѣтъ никакихъ постановленій о допустимости при измѣнившихся обстоятельствахъ вторичнаго возбужденія того, или другого охранительнаго производства, уже разъ бывшаго судомъ разрѣшеннымъ, и только изъ его постановленія о силѣ судебныхъ опредѣленій, постановляемыхъ по охранительнымъ производствамъ, возможно выведеніе того заключенія, что при измѣнившихся обстоятельствахъ должно считаться допустимымъ возбужденіе и вновь того, или другого производства. Недостаточнымъ, наконецъ, представляется и постановленіе его о распредѣленіи издержекъ по охранительнымъ производствамъ, такъ какъ въ немъ слишкомъ обще говорится объ обращеніи ихъ на лицо, возбудившее производство, за исключеніемъ только случаевъ, особо въ законѣ указанныхъ, между тѣмъ, какъ на самомъ дѣлѣ слѣдовало бы дать общее

опредѣленіе объ этомъ, хотя бы относительно тѣхъ случаевъ, когда въ то, или другое изъ этихъ производствъ вступили третьи заинтересованныя лица, по соображеніи того, какими послѣдствіями сопровождались ихъ домогательства при участіи ихъ въ производствѣ. Зато въ немъ выражено достаточно полно и обстоятельно постановленіе объ особомъ правѣ суда, отличномъ отъ его права при производствѣ исковомъ, относительно обсужденія и оцѣнки представленныхъ доказательствъ при этихъ производствахъ просителемъ и даже о собираніи ихъ по его усмотрѣнію ex officio, когда это нужно (ст. 1616—1635).

Изъ отдѣльныхъ, затѣмъ, охранительныхъ производствъ представляются во многомъ восполненными проектомъ постановленія теперешняго устава прежде всего объ узаконеніи дѣтей. Именно, въ нихъ съ большей точностью указаны сперва лица, могущія просить объ узаконеніи дѣтей, затѣмъ довольно точно опредѣлена и подсудность ихъ просьбъ объ этомъ въ различныхъ случаяхъ, а также и дальнѣйшій порядокъ производства по нимъ, причемъ указаны въ нихъ довольно подробно и обстоятельно и тѣ обстоятельства, которыя не должны служить основаніями прекращенія, или пріостановленія этого производства, а также совершенно основательно указано и на недопустимость вступленія въ это производство третьихъ, стороннихъ лицъ, какъ такихъ, интересы которыхъ не могутъ быть имъ затрогиваемы. Указаны, затѣмъ, въ нихъ также довольно подробно и тѣ доказательства, которыми могутъ быть удостовѣряемы, какъ тѣ факты, которые должны служить основаніемъ допустимости узаконенія, такъ и тѣ обстоятельства, которыя выставляются какъ условія, необходимыя для его допустимости, и если, затѣмъ въ этихъ его постановленіяхъ и допущенъ какой пробѣлъ, то только въ томъ отношеніи, что въ нихъ не указаны тѣ доказательства, удостовѣреніе которыми должны бы считаться допустимыми, или недѣеспособность, неправильно въ нихъ названная неправоспособностью, одного изъ родителей узаконяемаго, или же его безвѣстное отсутствіе, каковой пробѣлъ въ нихъ все же представляется довольно существеннымъ, такъ какъ можетъ породить значительныя затрудненія въ отношеніи удостовѣренія этихъ обстоятельствъ, если только судомъ будутъ считаться допустимыми въ ихъ удостовѣреніе только оффиціальныя удостовѣренія въ доказательство или недѣеспособности одного изъ родителей, какъ сумасшедшаго, или глухонѣмого, или же какъ находящагося въ безвѣстномъ отсутствіи, что во многихъ случаяхъ мо-

жетъ лишать надолго достиженія узаконенія, и почему слѣдуетъ этотъ пробѣлъ въ нихъ восполнить указаніемъ на допустимость на самомъ дѣлѣ удостовѣренія и этихъ обстоятельствъ всякими доказательствами и въ числѣ ихъ и показаніями свидѣтелей. Непонятнымъ, затѣмъ, представляется въ этихъ постановленіяхъ проекта допущеніе не только участія въ производствѣ по этимъ дѣламъ лицъ прокурорскаго надзора, но и предоставленіе имъ права приносить жалобы на опредѣленія суда по этимъ дѣламъ, вслѣдствіе того, что производствомъ по этимъ дѣламъ могутъ быть затрогиваемы только частные интересы различныхъ лицъ, которымъ поэтому только и слѣдовало бы предоставить право обжалованія опредѣленій по немъ вмѣсто лицъ прокурорскаго надзора. Не мѣшало бы, кажется, восполнить эти постановленія его указаніемъ на допустимость и повторенія просьбъ объ узаконеніи послѣ отказа со стороны суда въ узаконеніи, въ случаяхъ открытія новыхъ обстоятельствъ, или новыхъ доказательствъ, открывающихъ право на предъявленіе этихъ просьбъ, хотя бы по тѣмъ же основаніямъ, по которымъ вообще допускается пересмотръ гражданскихъ дѣлъ, и что можетъ служить только лучшей гарантіей правъ лицъ, имѣющихъ право на узаконеніе, и что у насъ собственно представляется необходимымъ въ особенности потому, что у насъ бракъ родителей узаконяемыхъ самъ по себѣ не служитъ основаніемъ узаконенія, какъ это допускается многими законодательствами иностранными, безъ опредѣленія суда о ихъ узаконеніи.

Недостатки нашего теперешняго устава объ усыновленіи, напротивъ, представляются менѣе восполненными и постановленіями проекта будущаго устава, сравнительно съ его постановленіями объ узаконеніи дѣтей, такъ какъ въ нихъ выражены только постановленія о подсудности этихъ дѣлъ, которыхъ нѣтъ въ теперешнемъ уставѣ, но не указаны ни условія, необходимыя для допустимости усыновленія, ни то какимъ образомъ слѣдуетъ поступать въ отношеніи допустимости усыновленія въ тѣхъ случаяхъ, когда или супругъ усыновителя или недѣеспособенъ по причинѣ сумасшествія, или глухонѣмоты, или же когда его мѣстопребываніе неизвѣстно его супругу, просящему объ усыновленіи, или же одинъ изъ родителей усыновляемаго, или же оба его родителя недѣеспособны, какъ сумасшедшіе, или глухонѣмые, или же неизвѣстно гдѣ находятся, ни то, наконецъ, какими доказательствами должно считаться допустимымъ удостовѣреніе этихъ обстоятельствъ, каковой пробѣлъ въ нихъ можетъ влечь за собой не только значительныя

недоразумѣнія въ судебной практикѣ не можетъ влечь за собой предъявленіе съ ея стороны такихъ требованій въ этомъ отношеніи къ просящимъ объ усыновленіи, вслѣдствіе которыхъ можетъ оказываться недостижимымъ и самое усыновленіе, примѣръ чему и на самомъ дѣлѣ представляетъ собой практика нашего сената, какъ мы видѣли выше, который высказался за необходимость удостовѣренія безвѣстнаго отсутствія супруга усыновителя не иначе, какъ посредствомъ признанія его таковымъ судомъ, въ порядкѣ, для этого въ уставѣ гражд. суд. установленномъ. Нельзя, затѣмъ, не считать также совершенно напраснымъ допущеніе имъ не только участія въ производствѣ объ усыновленіи лицъ прокурорскаго надзора, но и предоставленіе имъ права обжалованія опредѣленій суда по этимъ производствамъ, вслѣдствіе того, что въ огражденіе правъ лицъ, заинтересованныхъ въ усыновленіи кого либо, совершенно достаточнымъ представляется предоставленіе имъ этого права въ огражденіе ихъ интересовъ, могущихъ быть нарушенными неправильнымъ усыновленіемъ кого либо. Постановленія его объ основаніяхъ допустимости или недопустимости какъ пріостановленія, такъ и прекращенія производства объ усыновленіи, напротивъ, представляются болѣе или менѣе достаточными, за то нельзя не указать еще какъ на одинъ пробѣлъ въ нихъ—на неупоминаніе въ нихъ о допустимости возбужденія вторично производства объ усыновленіи послѣ отказа суда въ этомъ, вслѣдствіе вновь открывшихся или наступившихъ обстоятельствъ, или вновь обнаружившихся доказательствъ тѣхъ обстоятельствъ, наличностью которыхъ обусловлена допустимость усыновленія (ст. 1651—1661).

Несмотря на то, что производство о признаніи лица безвѣстно отсутствующимъ отличается и по проекту нашего будущаго устава такой же сложностью и длительностью, какъ и по теперешнему уставу, постановленія его объ этомъ производствѣ все же представляются во многихъ отношеніяхъ далеко недостаточными. Такъ, какъ на ихъ недостатокъ нельзя не указать прежде всего на отсутствіе въ нихъ общаго опредѣленія понятія безвѣстнаго отсутствія лица, каковое опредѣленіе было крайне необходимо выразить въ немъ во избѣжаніе возбужденія совершенно напрасныхъ производствъ о признаніи кого либо безвѣстно отсутствующимъ со стороны заинтересованныхъ лицъ и, главнымъ образомъ, его наслѣдниковъ. Какъ на другой, затѣмъ, довольно существенный пробѣлъ, допущенный въ нихъ, нельзя не указать на неуказаніе въ нихъ съ достаточной точностью тѣхъ лицъ, которымъ можетъ принад-

лежать право просить судъ о признаніи кого либо безвѣстно отсутствующимъ, такъ какъ содержащееся въ нихъ въ этомъ отношеніи опредѣленіе этихъ лицъ, какъ лицъ, права коихъ на имущество его зависятъ отъ его признанія безвѣстно отсутствующимъ, слишкомъ обще и неопредѣлительно, и только изъ одного изъ послѣдующихъ его опредѣленій возможно выведеніе заключенія о томъ, что этими лицами могутъ считаться наслѣдники лица, признаннаго безвѣстно отсутствующимъ, каковое заключеніе въ свою очередь представляется опять крайне неопредѣлительнымъ, въ виду неуказанія того—какія лица, какъ его наслѣдники, могутъ считаться таковыми, т. е. наслѣдники ли его только по закону, или же и наслѣдники его по завѣщанію и, притомъ, какіе изъ первыхъ—являющіеся ли наслѣдниками его въ моментъ заявленія ими просьбы о признаніи его безвѣстно отсутствующимъ, или же и другіе, что можетъ влечь за собой значительныя недоразумѣнія, въ особенности вслѣдствіе того, что признаніе кого-либо безвѣстно отсутствующимъ не построено этими постановленіями на презумціи смерти лица, признаннаго безвѣстно отсутствующимъ, и неуказанія въ нихъ вслѣдствіе этого не только на то, чтобы признаніе его безвѣстно отсутствующимъ могло влечь за собой открытіе наслѣдства послѣ него, но упоминанія въ нихъ даже о томъ, что ему принадлежитъ право требовать обратной передачи ему его имущества, поступившаго во владѣніе его наслѣдниковъ, вслѣдствіе чего не представляется возможнымъ признавать въ силѣ и его завѣщаніе прежде его смерти, а равно и права наслѣдниковъ послѣ него по закону, являющихся таковыми хотя бы даже и не въ моментъ заявленія просьбы о признаніи ихъ наслѣдодателя безвѣстно отсутствующимъ, а въ моментъ признанія его таковымъ опредѣленіемъ суда.

Помимо неопредѣленія съ точностью тѣхъ лицъ, которыя могутъ просить судъ о признаніи извѣстнаго лица безвѣстно-отсутствующимъ, въ нихъ не указаны и тѣ доказательства, которыми бы лица эти обязаны были удостовѣрять передъ судомъ это право ихъ, что можетъ, какъ это очевидно и само собой, вести за собой предъявленіе этихъ просьбъ лицами, не имѣющими вовсе права на это, въ ущербъ правамъ лицъ, имѣющихъ какое либо право на имущество лица безвѣстно-отсутствующаго. Права какъ этихъ послѣднихъ лицъ, такъ и другихъ лицъ, имѣющихъ право на его имущество, могутъ быть нарушаемы также и тѣмъ обстоятельствомъ, что въ этихъ постановленіяхъ проекта ничего не говорится также о допустимости, въ теченіе производства о признаніи лица безвѣстно

отсутствующимъ, вступленія въ это производство и другихъ лицъ, могущихъ имѣть право на заявленіе просьбы объ этомъ и, притомъ, или въ видѣ присоединенія ихъ къ лицамъ, уже заявившимъ просьбу объ этомъ, и въ ихъ числѣ и къ лицу прокурорскаго надзора, или же особо и самостоятельно, и даже съ опроверженіемъ правъ первоначальныхъ просителей объ этомъ.

Не указаны въ нихъ, затѣмъ, также и тѣ обстоятельства, которыя могли бы служить основаніемъ пріостановленія, или прекращенія производства о признаніи лица безвѣстно отсутствующимъ, несмотря на то, что наступленіе нѣкоторыхъ изъ такихъ обстоятельствъ непремѣнно должно влечь за собой то или другое изъ этихъ послѣдствій. Такъ, нельзя, кажется сомнѣваться въ томъ, что обстоятельства или явки лица безвѣстно отсутствующаго, или же, наоборотъ, полученіе достовѣрнаго извѣстія о его смерти должны влечь за собой прекращеніе этого производства, какъ уже совершенно ненужнаго, а обстоятельство полученія свѣдѣній о мѣстѣ его нахожданія должно служить основаніемъ сперва хотя бы пріостановленія этого производства и извѣщенія объ этомъ того лица, о которомъ оно было возбуждено, до момента полученія отъ него заявленія о дальнѣйшихъ намѣреніяхъ его.

Послѣдствія, затѣмъ, признанія судомъ просьбы о признаніи лица безвѣстно отсутствующимъ по ея провѣркѣ судомъ и по признаніи имъ болѣе или менѣе обстоятельства его безвѣстнаго отсутствія достовѣрнымъ, хотя и опредѣлены въ нихъ, но крайне недостаточно, такъ какъ въ нихъ указано только, что послѣдствія эти должны заключаться въ назначеніи опекуна къ имуществу этого лица, но при этомъ не указаны ни порядокъ приведенія въ извѣстность имущества этого лица, ни порядокъ передачи его въ завѣдываніе того опекунскаго установленія, отъ котораго по закону зависитъ назначеніе опекуна, причемъ неопредѣлено и право на доходы, получаемые отъ его имущества. Кромѣ этого, послѣдствія эти опредѣлены въ нихъ слишкомъ обще, такъ какъ въ нихъ не указаны такіе случаи, въ которыхъ, хотя бы по исключенію, имущество безвѣстно отсутствующаго и не должно бы быть отдаваемо непремѣнно въ опекунское управленіе, а скорѣе должно бы быть передаваемо въ управленіе и завѣдываніе самихъ наслѣдниковъ, съ правомъ ихъ пользоваться доходами отъ него, что представляется возможнымъ, по крайней мѣрѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда его наслѣдники всѣ совершеннолѣтніе и когда, притомъ, они являются пря-

мыми его наслѣдниками, какъ его нисходящіе, поставлять которыхъ въ зависимость отъ назначеннаго опекуна въ отношеніи пользованія доходами отъ имущества представляется не только несправедливымъ, но и противнымъ законамъ, опредѣляющимъ основанія назначенія опекуновъ.

Весьма существеннымъ представляется, затѣмъ, и тотъ пробѣлъ въ нихъ, который заключается въ томъ, что въ нихъ вовсе не опредѣлены права какъ вообще наслѣдниковъ безвѣстно отсутствующаго, такъ и въ частности тѣхъ изъ его наслѣдниковъ, которые возбудили производство о признаніи его безвѣстно отсутствующимъ, относительно пользованія его имуществомъ, по признаніи его опредѣленіемъ суда безвѣстно отсутствующимъ, а также и права ихъ на полученные ими доходы отъ имущества лица, бывшаго признаннымъ безвѣстно отсутствующимъ, а по его возвращеніи и порядокъ передачи ему бывшаго въ ихъ владѣніи имущества и дачи ими ему отчета въ управленіи ихъ имъ. Всѣ перечисленные недостатки его постановленій, къ этому производству относящихся, настолько существенны, что они требуютъ коренной ихъ переработки и значительныхъ дополненій (ст. 1714—1715).

Гораздо лучше и полнѣе восполнены въ проектѣ нашего будущаго устава постановленія теперешняго устава объ охраненій наслѣдства, представляющіяся въ особенности краткими и недостаточными. Такъ, въ нихъ подобно уставу французскому и нашему для губерній Варшавскаго судебнаго округа, сперва выражены общія правила объ охраненіи наслѣдства, въ которыхъ указаны общія условія допустимости принятія мѣръ ихъ охраненія, затѣмъ, лица, могущія просить о принятіи мѣръ ихъ охраны и подсудность производства о ихъ принятіи въ различныхъ случаяхъ, а затѣмъ выражены частныя правила о принятіи тѣхъ или другихъ мѣръ охраны и въ отдѣльности, т. е. особыя правила объ опечатаніи, описи и храненіи имущества наслѣдодателя, въ которыхъ отчасти выражены и условія допустимости принятія особо которой либо изъ этихъ мѣръ охраны наслѣдства въ отдѣльности. Какъ на одинъ изъ недостатковъ общихъ правилъ объ этомъ, нельзя не указать, впрочемъ, на недостаточность указанія въ нихъ условій допустимости частичнаго принятія тѣхъ или другихъ мѣръ охраны наслѣдственнаго имущества, т. е. принятія ихъ не въ отношеніи всего имущества наслѣдодателя, а только нѣкоторыхъ изъ его имуществъ, или же нѣкотораго изъ имущества, только находившагося

у него, но принадлежащаго собственно другимъ. Въ отношеніи допустимости принятія мѣръ охраны послѣднихъ изъ этихъ вещей, хотя въ нихъ и даны указанія, но недостаточно полныя, такъ какъ въ нихъ указано только, что мѣры охраны могутъ быть принимаемы по отношенію находившихся у него денегъ, бумагъ или вещей казенныхъ, или общественныхъ, между тѣмъ, какъ на самомъ дѣлѣ слѣдуетъ считать допустимымъ принятіе особо мѣръ охраны находившихся у него денегъ, бумагъ, или какихъ либо вещей, принадлежащихъ и лицамъ частнымъ, нахожденіе которыхъ можетъ имѣть мѣсто нерѣдко у лицъ, не только служащихъ, какъ напр., у судебныхъ приставовъ, нотаріусовъ и другихъ, но и у лицъ, занимающихся извѣстными профессіями, какъ напр., у адвокатовъ, маклеровъ, докторовъ и другихъ. Въ отношеніи допустимости принятія мѣръ охраны по отношенію не всего, а только нѣкотораго имущества, принадлежавшаго самому наслѣдодателю, по крайней мѣрѣ, въ частности допустимости неподвергнутія опечатанія того или другого изъ его имуществъ, хотя и дано частное указаніе въ правилахъ собственно о допустимости неопечатанія извѣстнаго, принадлежащаго ему имущества, но указаніе не достаточно полное, такъ какъ въ нихъ не упомянуто о допустимости неопечатанія вообще всего извѣстнаго рода имущества, какъ напр. фабрикъ, заводовъ, торговыхъ заведеній, аптекъ и друг., а сказано только о допустимости неопечатанія имущества, необходимаго для продолженія хозяйства въ имѣніи наслѣдодателя, или для продолженія дѣйствія какого-либо его заведенія, между тѣмъ, какъ на самомъ дѣлѣ, во избѣжаніе прекращенія дѣйствія какого-либо торговаго заведенія, или фабрики, или завода необходимо, чтобы они не были опечатаны сами въ цѣломъ ихъ составѣ, а не какое-либо только отдѣльное имущество, въ нихъ находящееся. Не указаны въ нихъ совсѣмъ также и способы опечатанія.

Правила проекта объ описи наслѣдства, напротивъ, изложены довольно подробно и обстоятельно. Хотя, затѣмъ, правилами его о храненіи наслѣдственнаго имущества и управленіи имъ и въ значительной степени восполнены недостатки теперешняго устава, но, къ сожалѣнію, и въ нихъ допущены нѣкоторые такіе пробѣлы, которые необходимо должны быть восполнены и исправлены. Такъ, въ нихъ не указаны тѣ условія, при наличности которыхъ должна быть учреждаема опека надъ наслѣдственнымъ имуществомъ и когда управленіе имъ должно быть передаваемо опекуну, а также

и тѣ условія, при наличности которыхъ управленіе имъ можетъ быть поручаемо наслѣдникамъ или кому либо изъ нихъ, или имъ совмѣстно съ управителемъ, лицомъ постороннимъ, или же всецѣло постороннему управителю. Ничего въ нихъ не говорится о тѣхъ качествахъ и знаніяхъ, которымъ долженъ удовлетворять и которыми долженъ обладать управитель, лицо постороннее, соотвѣтственно передаваемому въ его управленіе имуществу, а также ничего не говорится и о тѣхъ условіяхъ, когда представляется необходимымъ назначеніе нѣсколькихъ управителей, или вслѣдствіе нахожденія наслѣдственнаго имущества въ мѣстахъ отдаленныхъ одно отъ другого, или же вслѣдствіе разнообразія имущества, когда для управленія каждымъ изъ нихъ необходимы спеціальныя познанія, когда оно заключается, напр., въ различныхъ фабрикахъ, или заводахъ, или въ различныхъ торговыхъ заведеніяхъ, или въ различныхъ рѣчныхъ и морскихъ судахъ и другихъ, когда одинъ управитель не можетъ, очевидно вести управленіе имъ всѣмъ надлежащимъ образомъ. Ничего въ нихъ не говорится, затѣмъ, ни о допустимости замѣны однихъ управителей другими, ни объ образѣ управленія имъ, т. е. должно-ли оно быть ведено въ томъ-же направленіи и такимъ-же образомъ, какъ его велъ и самъ наслѣдователь, или-же, напротивъ, имъ должно принадлежать право и дѣлать необходимыя по ихъ усмотрѣнію и измѣненія, въ видахъ лучшей ихъ эксплоатаціи и большаго полученія доходовъ отъ нихъ. За то въ нихъ хорошо указаны тѣ случаи, когда возможно обходиться и безъ найма особаго управителя для ихъ эксплоатаціи, а можно обходиться наймомъ простыхъ надзирателей за ними. Какъ еще, затѣмъ, на одинъ пробѣлъ въ нихъ нельзя не указать на неопредѣленіе порядка передачи бывшаго въ охранѣ имущества его наслѣдникамъ. Правила его, затѣмъ, о вызовѣ наслѣдниковъ, объ утвержденіи ихъ въ правахъ наслѣдства и объ утвержденіи къ исполненію духовныхъ завѣщаній изложены также настолько обстоятельно и подробно, что ими устранены всѣ недостатки правилъ теперешняго устава по этимъ производствамъ.

Лучше, проще и полнѣе нормированъ проектомъ устава сравнительно съ настоящимъ уставомъ и порядокъ производства судебнаго раздѣла общаго наслѣдственнаго имущества причемъ въ немъ преподаны правила и о порядкѣ выдѣла изъ общаго наслѣдственнаго имущества, но, къ сожалѣнію, только указной части изъ него,

слѣдуемой супругу наслѣдователя, но не частей, изъ него слѣдуемыхъ кому-либо вообще изъ наслѣдниковъ по ихъ просьбѣ, каковой выдѣлъ можетъ представляться не только возможнымъ но и вполнѣ допустимымъ въ тѣхъ случахъ, когда выдѣлиться желаетъ только одинъ изъ наслѣдниковъ, а другіе желаютъ остаться при общемъ владѣніи имъ. Ничего, въ сожалѣнію, не говорится въ нихъ и о допустимости по желанію всѣхъ наслѣдниковъ раздѣла между ними и не всего имущества наслѣдователя, а только нѣкоторыхъ изъ его имуществъ, или все равно частичнаго только раздѣла его. Недостаточно указаны въ нихъ также и возможныя основанія пріостановленія этого производства, за каковыя нельзя не признавать, кажется, не только смерть одного изъ наслѣдниковъ, но и лишеніе его всѣхъ правъ состоянія и поступленіе въ монашество, а также и лишеніе его дѣеспособности, по причинѣ, напр., его сумасшествія, вслѣдствіе того, что въ этихъ случаяхъ должны являться уже вмѣсто него или другіе участники раздѣла, или-же опекуны недѣеспособнаго, между тѣмъ какъ въ нихъ вообще ничего не говорится о случаяхъ допустимости участія въ раздѣлѣ наслѣдственнаго имущества опекуновъ нѣкоторыхъ изъ наслѣдниковъ по какой либо причинѣ. Не указаны въ нихъ, наконецъ, также основанія допустимости и прекращенія производства о раздѣлѣ, что представляется, однакоже, вполнѣ возможнымъ и необходимымъ допустить, по крайней мѣрѣ, въ случаяхъ заявленія самими наслѣдниками, возбудившими это производство, просьбы объ этомъ (ст. 1777—1905).

Правила проекта о вводѣ во владѣніе недвижимымъ имуществомъ вообще и въ частности по давности владѣнія, а также и о выкупѣ родового имущества, напротивъ, изложены въ немъ настолько полно и достаточно, что ими устраняются достаточно всѣ недостатки правилъ объ этихъ производствахъ теперешняго устава (ст. 1721—1744, 1911—1926).

Все изложенное съ достаточной очевидностью указываетъ на то, что недостатки отдѣла настоящаго устава объ охранительныхъ производствахъ, хотя уже во многомъ исправлены и восполнены проектомъ нашего будущаго устава и, притомъ, не только въ отношеніи его правилъ объ отдѣльныхъ охранительныхъ производствахъ, но и посредствомъ нормированія въ немъ вновь довольно многихъ изъ такихъ этихъ производствъ, о которыхъ въ теперешнемъ уставѣ ничего не говорится, но что на самомъ дѣлѣ и

въ немъ отсутствуютъ довольно многія другія изъ этихъ производствъ, а также страдаютъ довольно многими недостатками и пробѣлами его постановленія о производствахъ, имъ нормированныхъ, что въ свою очередь указываетъ на то, что и онъ требуетъ значительныхъ дополненій и исправленій, и почему и никакъ нельзя желать, чтобы онъ сталъ закономъ безъ значительной его переработки и дополненій, въ видахъ устраненія допущенныхъ въ немъ очень многихъ недостатковъ и пробѣловъ.

К. Н. Анненковъ.


000186070
ЮФ СПБГУ

